

Juridiske emner
ved
Syddansk Universitet
2003



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2003

Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2003

1. udgave

© 2003 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: Gentofte Tryk

Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2003

ISBN 87-574-0885-8

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-forlag.dk

INDHOLD

Forord	7
»Mobil indkomst« <i>Cand.merc.jur., Ph.D.-stipendiat Jakob Bundgaard</i>	9
Nyt prospektdirektiv på vej – skærpede krav og ny reguleringsmodel <i>Professor, lic.jur., LL.M. Nis Jul Clausen</i>	26
Puzzling over the Directors' and Officers' Duty of Loyalty: Some Implications and Developments <i>Brainerd Currie Professor of Law, dr.merc.h.c. James D. Cox</i>	40
»Ingen straf uden lov« – gælder princippet også i Danmark? <i>Adjunkt, Dr.jur. (tysk titel) Birgit Feldtmann</i>	50
Driftsomkostningsbegrebet – oprindelse og udvikling frem til 1903 <i>Ph.D.-stipendiat Jane Ferniss</i>	64
Ledelsesstrukturen i danske SE-selskaber <i>Professor, lic.jur. Søren Friis Hansen</i>	73
Territoriale begrænsninger i distributions- og patentlicensaftaler – nye tendenser i EU-konkurrenceretten? <i>Professor, lic.jur. Bent Iversen</i>	96
Hensættelser – et stedbarn i skatteretten ? <i>Cand.merc.aud., kandidatstipendiat Inge Langhave Jeppesen</i>	115
Worst-case scenario of the Kyoto Protocol – and a possible solution? <i>Cand.jur., Ph.D.-stipendiat Flemming Larsen</i>	128
Privat kaution – begreb, reguleringsmetode og anvendelsesområde i nordisk perspektiv <i>Adjunkt, Ph.D. Nina Dietz Legind</i>	144
Investeringsbankers corporate finance- og analyseaktiviteter – om Chinese Walls og Wall Crossing <i>Advokat, Ph.D.-stipendiat Dan Moalem</i>	162

Fra generalklausul til detailregulering – værdipapirhandlernes god skik-regulering <i>Cand.jur., Ph.D.-stipendiat David Moalem</i>	177
Det new zealandske eksperiment Strukturel forandring i elforsyningssektoren <i>Cand.jur., Ph.D. Bent Ole Gram Mortensen</i>	191
En bemærkning om »lejekøb« i relation til finansielle leasingkontrakter <i>Professor, lic.jur. Hans Viggo Godsk Pedersen</i>	209
Harmonisering mellem nærtstående retssystemer – et eksempel fra selskabsretten <i>Adjunkt, Ph.D. Jan Timmermann Pedersen</i>	222
Udtagningsmoms og moms af værdi af eget arbejde <i>Lektor, Ph.D. Susanne Pedersen</i>	231
Øget fokus på momsretten <i>Cand.jur., Ph.D.-stipendiat Kaj Andersen Ramsløv</i>	250
Næringsbeskatning af ventureaktier? <i>Statsautoriseret revisor, adjungeret professor Søren Rasmussen</i>	262
Aktindsigt i EU-dokumenter – Et Ph.D.-projekt <i>Cand.jur., Ph.D.-stipendiat Henriette Schjøth</i>	271
Nye retningslinjer for nationale reklameregler – en kommentar til sag C-405/98, Gourmet International <i>Adjunkt, Ph.D. Michael Steinicke</i>	281
Grænser for EU-staters skatteretlige anti-udnyttelsesregler <i>Cand.jur., Ph.D.-stipendiat Jeppe Rune Stokholm</i>	293
Rockfestivaler og sikkerhedsforskrifter i EU-perspektiv <i>Lektor, lic.jur. Susanne Storm</i>	310
Panteret i selskabsandele mv. <i>Lektor Anders Ørgaard</i>	323

FORORD

Med udsendelsen af nr. 3 i rækken af »Juridisk emner ved Syddansk Universitet« har vi ønsket at markere, at den juridiske faggruppe ved Syddansk Universitet pr. 1. januar 2003 er blevet udskilt i en selvstændig forsknings- og undervisningsmæssig enhed, Juridisk Institut. Som det også fremgår af antallet af bidrag til bogen, er der i de seneste år sket en betydelig udbygning af den juridiske medarbejderstab ved universitetet, hvilket blandt andet er en følge af etableringen af HA(jur.)- og cand.merc.jur.-uddannelsen. Etableringen af et Juridisk Institut skal ligeledes ses i lyset heraf.

Det er vort håb, at vi under den nye struktur kan videreføre de gode relationer, som vi har fået etableret og udbygget i relation til vore kolleger ved de øvrige uddannelses- og forskningsinstitutioner i Norden og til revisor- og advokatbranchen samt til en lang række øvrige private og offentlige virksomheder, for hvilke også juridiske problemstillinger er centrale.

Som i de tidligere udgaver har vi i bogen søgt at give et indblik i nogle af de juridiske emner, der aktuelt optager de videnskabelige medarbejdere og Ph.D.-studerende ved Institutet. Nærmere oplysninger om og en samlet beskrivelse af instituttets forskningstemaer, undervisningsudbud mv. fremgår af Det samfundsvidenskabelige Fakultets hjemmeside: www.sam.sdu.dk.

Vi takker institutsekretær Inga Jakobsen og sekretær Ngaio Ustrup, der som sædvanlig på kompetent vis og med stor tålmodighed har stået for opsætning og korrekturlæsning. Bent Iversen har som tidligere redigeret bogen.

Juridisk Institut
Syddansk Universitet
januar 2003

Nis Jul Clausen
Institutleder

Bent Iversen
Redaktør

»Mobil indkomst«

af

Jakob Bundgaard

1. Præsentation af »mobil indkomst« som skatteplanlægningsinstrument

Denne artikel omhandler et skatteplanlægningsinstrument, der internationalt kendes som »mobile income« (*mobil indkomst*). En anden benævnelse er »global earnings management«. Der er ikke herved tale om noget nyt, men et fænomen af stor aktualitet. Ved skatteplanlægning gennem mobile income-instrumentet identificeres mobile indkomststrømme i multinationale koncerner for herved at overføre (placere eller omplacere) *income drivers* (*profit drivers*) til lavskattelande. Under hensyntagen til armslængdeprincippet¹ kan funktioner og risici *identificeres* som *income drivers*. Ligeledes kan aktiver udgøre *income drivers*, dog er det primært immaterielle aktiver, der har interesse ved brug af mobile income-instrumentet. De således identificerede *income drivers* kan følgelig (*om*) *placeres*. Der er således ved mobile income tale om en skattemæssig optimering af koncerners organisering af aktiviteter og aktiver. Effekten heraf er en minimering af koncernens globale skattebetaling samt en reduktion i den effektive skattesats. Der er nært slægtskab mellem begrebet mobile income og begrebet tax reengineering, der typisk benyttes om ændringer i forretningskoncepter og de deraf følgende skattemæssige konsekvenser. Skatteplanlægning gennem mobile income hviler på den transfer pricing baserede forudsætning, at selskaber, der udfører værdiskabende funktioner og besidder værdiskabende aktiver, forventes at opnå større afkast, end selskaber engageret i rutinefunktioner. Skatteplanlægningsteknikken har særlig relevans for følgende brancher: E-business, softwareindustri, computerhardwareindustri, teknisk service-industri, modebranchen, medicinalindustrien samt andre højteknologiske brancher. Der er ikke tale om en rendyrket transfer pricing-problemstilling, men der indgår betydelige transfer pricing-elementer heri.

Instrumentet har særlig relevans, hvor *mobile profit drivers* kan identificeres. Der er således efter mobile income tankegangen anledning til at se på placeringen af de værdiskabende funktioner og aktiver i koncernen. I det omfang en koncern i dag har

¹ Heri ligger, at interesseforbundne parter skal fastsætte deres interne afregningspriser i overensstemmelse med de betingelser, som uafhængige parter må formodes at ville have aftalt. Helt konkret kan princippet udtrykkes som en standard, der fastlægger, hvorvidt der er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende kommercielle eller finansielle forbindelser, der afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige parter. Der kan dog næppe siges at være én pris, der er den rigtige. Princippet opgave er snarere at opstille en nedre og øvre grænse for, hvad der kan rummes inden for markedsmæssige vilkår.

værdiskabende funktioner og aktiver i højskattelande, kan en omstrukturering resultere i, at koncernens effektive skatteprocent nedbringes.

Skatteplanlægning gennem mobile income kan navnlig ske i forbindelse med 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 tilstrækkeligt. 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. Udover forretnings- og skattemæssige overvejelser må vurderingen af en reorganisering tage hensyn til potentielle moms-, told- og regnskabsmæssige overvejelser.

Hvor danske koncerner foretager skatteplanlægning via mobile income, skal der tages højde for flere risici og relevante skatteforhold. *For det første* kan det understreges, at armslængdeprincippet skal overholdes, idet der ellers består en mulighed for vilkårskorrektioner, såfremt det valgte set up ikke opfylder armslængdeprincippet. I forbindelse med ændringer i koncernens produktions- og distributionsforhold skal et vist minimum af aktiviteter formentlig udøves af enhederne i koncernen, før der kan siges at være tale om en producent henholdsvis en distributør. For producentens vedkommende udgør kontraktproducentens rolle formentlig et minimum, mens agentfunktionen sædvanligvis udgør minimum for distributøren. Videre skal man *for det andet* være påpasselig ved overførslen af immaterielle aktiver fra Danmark til udlandet, idet der består en risiko for, at der foretages en dispositionskorrektion, hvorved overførslen ikke anerkendes i skatteretlig henseende.²

Det kan ikke tillægges afgørende betydning, om oprettelsen af udenlandske selskaber og overdragelse af rettigheder hertil er forretningsmæssigt begrundet. Se også TfS 1984, 176 LSR, hvor Landsskatteretten forudsatte, at der ikke var sket en reel overdragelse af et immaterialaktiv, idet Landsskatteretten nægtede fradrag for en royaltybetaling, som et dansk selskab havde betalt til hovedaktionærens selskab på Jersey. Tilsvarende skal der udvises påpasselighed ved koncerninterne strukturændringer, idet sådanne efter omstændighederne tillige kan tilsidesættes, jf. herved TfS 1999, 950 J. S. *Ejendoms- og investeringsselskab A/S*. Koncernerne skal derfor gennemføre de påkrævede strukturændringer eller aktivoverdragelser med omhu, således at der er substans i arrangementet og ikke blot er tale om en overflytning af

² Dette resultat kan fremkomme ved én udlægning af dommen i UfR 1989, 605 H *Direktør Holger Bagger Sørensen*. Sagen kan læses således, at 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 skal dog bemærkes, at Højesterets bemærkninger i sagen er noget uklare, hvorved det er blevet anført, at Højesteret ikke tilsidesatte overdragelsen af licensrettighederne, jf. udførligt *Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst*, 2000, s. 459 ff.

indkomstgrundlag til et skattesubjekt uden selvstændig aktivitet. Ligeledes skal det anføres, at omplacering af immaterielle aktiver formentlig udgør den største udfordring ved mobile income (og transfer pricing i øvrigt), idet prisfastsættelsen er vanskelig for såvel aktivet som den følgende royaltybetaling. *For det tredje* skal risikoen for inddragelse af det udenlandske selskab i dansk CFC-beskatning i henhold til SEL § 32 tages i betragtning, hvorved det bemærkes, at CFC-reglerne så at sige er designet til at opfange skatteplanlægning via mobile indkomster. *For det fjerde* skal nævnes muligheden for afståelsesbeskatning i Danmark ved ændringer i eksisterende funktioner og strukturer. *For det femte* består der en mulighed for, at den planlagte udvikling ikke forløber helt som ventet. Herved kan koncernerne risikere underskudsgivende drift eksempelvis i lavskatteselskaber. Sådanne underskud kan typisk ikke benyttes eller kun benyttes med begrænset skatteværdi i koncernen, hvorved den effektive skattesats øges globalt. Man kan i denne forbindelse tale om risikoen for, at skatteplanlægningsplaner giver bagslag. Dette element viser, hvor vigtigt det er at undersøge forudsætningerne for skatteplanlægning gennem mobile income instrumentet. Endelig *for det sjette* kan det nævnes, at der i forbindelse med immaterialaktiver består en oplagt risiko for, at der ikke tages tilstrækkelige hensyn til immaterialretlige forhold, hvorved uforudsete hændelser kan indtræde.³

I det følgende skal kort omtales nogle af de værktøjer, der er til rådighed ved skatteplanlægning gennem mobile income.⁴

2. Anvendte teknikker

2.1 Forskning og udvikling

2.1.1 Cost Contribution Arrangements⁵

Forskning og udvikling indebærer flere oplagte skatteplanlægningsmuligheder for grænseoverskridende koncerner. Indgåelsen af *Cost Contribution Agreements/cost sharing* vil navnlig være relevant i relation til forskning og udvikling.

En CCA er en aftale mellem flere selskaber om for fælles regning og risiko at udvikle, producere eller investere i aktiver, tjenesteydelser eller rettigheder med det formål at forbedre selskabernes rentabilitet. Selskabernes andel af omkostningerne forbundet med en CCA vil være proportional med deres andel af det samlede udbytte af aftalen.

Produktionsselskaberne i en koncern kan f.eks. bruge en CCA til i fællesskab at købe immaterialaktiver fra tredjemand. Produktionsselskaberne kan også i fællesskab iværksætte et R&D program for at udvikle immaterialaktiver (»*R&D cost sharing*«). Gennem en CCA får selskaberne adgang til at udnytte immaterialaktiver

³ Jf. herom John Henshall i Tax Planning International Transfer Pricing 2001/2, s. 3 ff.

⁴ Jf. herom overordnet Knud Erik Kriegbaum, International beskatning – en introduktion, 1. udg., s. 188 ff. og Jakob Bundgaard, Armslængdeprincippet & Transfer pricing, 2002, s. 203 ff.

⁵ Se i det hele om CCA'er Jens Wittendorff, Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, 2002, s. 179 ff.

uden betaling af armslængde royalties. Dette er en af fordelene ved en CCA, da værdifastsættelsen af immaterialaktiver ofte er meget vanskelig. Fordelingen af udnyttelsesretten kan f.eks. ske ud fra geografiske kriterier, sådan at et europæisk produktionsselskab kan udnytte rettighederne i Europa, et amerikansk produktionsselskab kan udnytte rettighederne i USA etc.

Salgsselskaberne i en koncern kan f.eks. bruge en CCA til i fællesskab at investere i en marketingfunktion, der til nytte for alle selskaberne laver markedsanalyser, salgsstrategier, public relation, reklamemateriale, deltager i handelsmesser og udstillinger mv. (*»central cost allocation«*). En CCA kan også bruges til at dele stabsfunktioner som f.eks. HR, finans, jura og IT eller til at dele bygninger, lokaler, utilities mv. Funktionerne kan samles i et koncernselskab – f.eks. moderselskabet eller et serviceselskab – eller outsources til tredjemand. Alle deltagerne i en CCA vil normalt have en medejendomsret til resultaterne af samarbejdet. Ejendomsretten kan dog også tilkomme en enkelt deltager. I begge tilfælde har alle deltagerne en økonomisk ejendomsret til resultaterne, så de kan udnyttes uden betaling af royalties. Hvis en deltager ønsker at udnytte aktivet i videre omfang end aftalt, skal der dog normalt foretages en armslængdebetaling til den/de deltagere, hvis rettigheder derved indskrænkes. Spørgsmålet om ejendomsretten har selvfølgelig størst betydning for R&D cost sharing, hvor formålet er at skabe immaterialaktiver.

Ved etableringen – og kontrollen – af en CCA er de centrale elementer følgende:

- Deltagerne
- Bidragene
- Nytteværdien
- Indtræden, udtræden og ophør

Ifølge OECD Transfer Pricing Guidelines skal en CCA anerkendes, hvis den er indgået på armslængdevilkår, dvs. hvis uafhængige virksomheder i sammenlignelige situationer ville have indgået en tilsvarende aftale. Deltagerne skal derfor have udsigt til at opnå en økonomisk nytteværdi, og bidragene skal fordeles mellem deltagerne i forhold til deres andel af den samlede nytteværdi.

I dansk skatteret findes der ikke særlige bestemmelser om CCA'er. En CCA er ikke et entydigt begreb, og den skattemæssige kvalifikation afhænger derfor af den konkrete aftale. Et af de skattemæssige spørgsmål er, om udenlandske deltagere har fast driftssted i den/de stater, hvor den fælles aktivitet udføres.

Efter dansk skatteret kan udenlandske deltagere i en CCA blive begrænset skattepligtige, hvis de deltager i erhvervsvirksomhed med fast driftssted i Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a. Begrebet *»fast driftssted«* i selskabsskatteloven defineres i overensstemmelse med art. 5 i OECD Modelaftalen.

Hvis den fælles aktivitet helt eller delvist udøves i Danmark af et dansk koncernselskab, kan de udenlandske deltagere efter omstændighederne anses for at have rådighed over et fast forretningssted i Danmark. I så fald vil der foreligge et fast driftssted, hvis der udøves en erhvervsvirksomhed gennem det faste forretningssted. En erhvervsvirksomhed kan principielt udøves af deltagerne i fællesskab eller af hver enkelt deltager separat.

En CCA vil normalt ikke indebære, at deltagerne i fællesskab udøver erhvervsmæssig virksomhed. I dansk skatteret findes der ikke en almengældende definition af begrebet *erhvervsmæssig virksomhed*. Dette indebærer dog normalt, at der for egen regning og risiko udøves en virksomhed af økonomisk karakter med det formål at opnå overskud, jf. f.eks. pkt. 3.1.1 i CIRK nr. 129 af 4/7 1994.

Et *interessentskab* kan defineres som et aftalebetinget samvirke mellem flere parter med henblik på erhvervelse af indtægter ved erhvervsmæssig virksomhed.

En CCA har ikke til formål, at deltagerne – i fællesskab – skal realisere overskud. Deltagelse i en CCA kan derfor normalt ikke sidestilles med, at der i fællesskab udøves erhvervsvirksomhed i interessentskabsform eller lignende. Hvis der som led i samarbejdet oppebæres – fælles – indtægter fra tredjemand, kan det dog komme på tale at karakterisere samarbejdet som en fælles erhvervsvirksomhed. Dette vil dog antagelig afhænge af bl.a. indtægternes størrelse og deres hyppighed. En CCA kan også anses for en fælles erhvervsvirksomhed, hvis der undtagelsesvis er sammenfald mellem deltagernes kerneforretning og den fælles aktivitet. Hvis tre produktionsselskaber således etablerer fælles produktion, kan samarbejdet efter omstændighederne anses som en fælles erhvervsvirksomhed. I disse situationer vil det dog formentlig være mere rammende at karakterisere samarbejdet som et *joint venture*.

Selvom en CCA ikke indebærer, at deltagerne i fællesskab udøver en erhvervsvirksomhed, kan de alligevel have fast driftssted i Danmark. De enkelte deltagers egne erhvervsvirksomheder kan således isoleret set medføre fast driftssted. Ifølge OECD Modelaftalens art. 5, stk. 1, kan der således statueres fast driftssted, selv om den erhvervsmæssige aktivitet, som udøves gennem det faste forretningssted, ikke er af produktiv karakter eller bidrager til at frembringe overskud. Art. 5, stk. 4, opregner dog en række aktiviteter af »forberedende og hjælpende« karakter, der ikke umiddelbart er indkomstskabende. Hvis en erhvervsmæssig aktivitet er af forberedende og hjælpende karakter, foreligger der ikke et fast driftssted. Ifølge OECD's kommentarer til art. 5, pkt. 23, omfatter art. 5, stk. 4, bl.a. reklameaktiviteter og videnskabeligt arbejde udført af et fast forretningssted, hvis aktiviteten er forberedende og hjælpende karakter. Det afgørende kriterium for, om en aktivitet er af forberedende og hjælpende karakter er, om aktiviteten i sig selv udgør en væsentlig og betydningsfuld del af foretagendets virksomhed i sin helhed. Et fast forretningssteds aktivitet er ikke af forberedende og hjælpende karakter, hvis dets almindelige formål er identisk med det samlede foretagendes almindelige formål. Et produktionsselskabs kerneforretning er normalt ikke videnskabeligt arbejde, hvorfor videnskabeligt arbejde vil være af forberedende og hjælpende karakter for et produktionsselskab. Aktiviteten må desuden udelukkende udføres for foretagendet selv, hvis den skal være af forberedende og hjælpende karakter. Hvis aktiviteten også udføres for andre foretagender, f.eks. andre koncernforbundne selskaber, vil der derfor være fast driftssted.⁶ Indtægter hidrørende fra salg af aktiver, som har været anvendt ved aktiviteten, medfører dog ikke i sig selv, at der foreligger et fast driftssted, jf. OECD's kommentarer til art. 5, pkt. 29.

⁶ Jf. OECD's kommentarer til art. 5, pkt. 26, og Arvid Skaar: Permanent Establishment, 1991, s. 308 f.

Udenlandske deltagere i en CCA vil således normalt ikke – i fællesskab eller hver især – udøve erhvervsvirksomhed i Danmark, hvorfor de ikke vil være begrænset skattepligtige til Danmark. Dette forudsætter dog, at den fælles aktivitet ikke er identisk med deltagernes kerneforretning, og at den fælles aktivitet kun udføres for de deltagende selskaber selv. Konklusionen svarer i øvrigt til retstilstanden i flere andre lande.⁷ For en gennemgang af de skattemæssige konsekvenser af en CCA mellem et fast driftssted og hovedkontoret kan der henvises til *Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst*, 2000, s. 603 ff.

Alle *deltagerne* i CCA skal have udsigt til – hver især – at opnå en økonomisk nytteværdi ved at tiltræde aftalen. Det betyder for det første, at deltagerne skal opnå ret til en del af den forventede nytteværdi. I en R&D cost sharing skal alle deltagerne f.eks. opnå ret til kommercielt at udnytte de forventede forskningsresultater. Hvorvidt deltagerne i sidste ende faktisk opnår de ønskede resultater afhænger selvfølgelig af, om projektet bliver en succes eller slår fejl. For det andet skal alle deltagerne have en faktisk økonomisk og driftsmæssig interesse i aftalen. Deltagerne skal således have udsigt til at kunne udnytte resultaterne. Et salgsselskab skal derfor normalt ikke deltage i en R&D cost sharing, da selskabet ikke opnår en nytteværdi af direkte betydning for sin egen løbende indkomsterhvervelse. En kontraktproducent skal af samme årsag normalt ikke deltage i en central cost allocation om markedsføring.

Den fælles aktivitet kan være placeret hos en af deltagerne som f.eks. moderselskabet. Aktiviteten kan også udføres af en flerhed af selskaber i koncernen, som f.eks. når udviklingsafdelingerne i flere koncernselskaber arbejder på et fælles projekt. Hvis den fælles aktivitet er placeret i et selskab, hvis eneste formål er at udføre den pågældende aktivitet, skal selskabet ikke være deltager i aftalen. Selskabets udbytte vil således hidrøre fra at udføre aktiviteten for deltagerne frem for at udnytte resultatet af aktiviteten. Det kan f.eks. være et selskab, der er oprettet for at udføre kontraktforskning for en koncerns produktionsselskaber. I dette tilfælde skal forskningsselskabet modtage en armslængdebetaling for at udføre aktiviteten, mens rettighederne til resultaterne skal tilkomme deltagerne i aftalen.

I en CCA skal alle deltagerne være med til at dække omkostningerne ved den fælles aktivitet. *Bidragene* kan ske ved indskud af penge, apportindskud af aktiver og levering af tjenesteydelser til fællesskabet. Alle typer bidrag skal tages i betragtning, herunder også omkostninger til løn, råstoffer og husleje.

Bidragene skal værdifastsættes efter de almindelige transfer pricing metoder, idet den enkelte deltagers andel af den forventede nytteværdi skal svare til deltagerens andel af de samlede bidrag. Der skal således fastsættes en *absolut* og en *relativ* værdi for deltagernes bidrag.

Aktiver, som indskydes i samarbejdet, skal fastsættes til deres *markedsværdi*. Løbende bidrag i form af aktiviteter, som deltagerne udfører i forbindelse med samarbejdet, skal værdifastsættes som tjenesteydelser. Dette kan efter omstændighederne ske på en rent omkostningsdækkende basis, når den pågældende aktivitet ikke

⁷ Jf. *International Transfer Pricing Journal*, Volume 8, No. 2, 2001.

er en integreret del af den pågældende deltagers virksomhed. Der skal i så fald tages hensyn til både direkte og indirekte omkostninger. Hvis et aktiv eller en tjenesteydelse indskydes i en CCA og samtidig udnyttes af deltageren i sin erhvervsvirksomhed, skal der tages hensyn hertil ved fastsættelsen af værdien.

Hvis værdien af en deltagers bidrag ikke reflekterer deltagerens andel af den samlede nytteværdi, skal der foretages en udlignende betaling (*»balancing payment«*). Dette kan være relevant ved etableringen af en CCA og løbende i samarbejdet.

Indskud af aktiver skal efter dansk skatteret formentlig behandles efter praksis om delsalg og delkøb, jf. UfR 1983, 318 H *Kähler*. Delsalgene og -købene skal behandles efter skattelovgivningens almindelige regler. En delkøber af ejendomsretten til immaterialaktiver kan foretage skattemæssige afskrivninger af den ideelle ejerandel heraf. En delsælger af en ejendomsret skal foretage en avanceopgørelse for det solgte. Hvis en deltager beholder ejendomsretten til et aktiv, som indskydes i samarbejdet, er der ikke sket afståelse, jf. *Hans Kristensen*, SO 1968, s. 197 ff. Situationen kan f.eks. være den, at to selskaber indgår i en CCA, hvor selskab A foretager apportindskud af udnyttelsesretten til et patent med en handelsværdi på 100, og selskab B indskyder 300 i penge, så de to selskaber kan udnytte resultaterne af samarbejdet 25/75. I skattemæssig henseende må situationen sidestilles med, at selskab A har indrømmet selskab B en udnyttelsesret til patentet. Selskab A skal anses for at have modtaget en betaling på 75 for udnyttelsesretten, og selskab B skal anses for at have betalt 75 herfor.

Ved indskud af udnyttelsesretten til et immaterialaktiv i en CCA skal betalingen herfor i skattemæssig henseende kvalificeres som en *royalty*. Royalties defineres således som *»... betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende...«* immaterialaktiver, jf. KSL § 65 C, stk. 4, og OECD Modelaftalens art. 12, stk. 2. Royalties omfatter således også engangsbetalinger og betalinger i anden form end penge. En dansk deltager kan derfor efter omstændighederne være forpligtet til at indeholde royalty-skat af bidrag til en CCA, hvis en anden deltager har indskudt en udnyttelsesret til immaterialaktiver i samarbejdet, jf. SEL § 2, stk. 1, litra g.

Betalinger mellem deltagerne til dækning af de løbende omkostninger skal antageligt behandles som refusion af omkostninger. For et betalende selskab afhænger den skattemæssige behandling derfor af karakteren af de omkostninger, som betalingen skal dække. Hvis der for det betalende selskab er tale om en driftsomkostning efter SL § 6, stk. 1, litra a, vil der være fradrag. Hvis der er anskaffet driftsmidler, kan der foretages afskrivninger efter afskrivningsloven. For det modtagende selskab skal en betaling behandles som en reduktion af omkostningerne frem for som en indtægt. Dette har bl.a. betydning i relation til LL § 8 B, hvorefter en skatteyder frit kan vælge mellem at fradrage udgifterne til forsøgs- og forskningsvirksomhed straks eller at afskrive udgifterne over en fem-årig periode. En aktivering af forsøgs- og forskningsudgifter kan således kun ske efter reduktion af en omkostningsrefusion.

De løbende betalinger vil normalt ikke medføre *kildeskat*, da de ikke har karakter af royalties efter OECD Modelaftalens art. 12. I visse lande er betalinger

ifølge en CCA dog pålagt kildeskat. Er en betaling ikke i overensstemmelse med armslængdeprincippet, kan den efter omstændighederne helt eller delvist omkvalificeres til et udbytte efter OECD Modelaftalens art. 10.

I en CCA er den største usikkerhed ofte knyttet til estimeringen af den fremtidige *nytteværdi* samlet set og for deltagere hver især. Nytteværdien for deltagerne består typisk i merindtjening eller besparelser. Når nytteværdien er defineret, skal bidragene fastsættes, sådan at de bedst reflekterer de enkelte deltageres forventede andel af nytteværdi. Dette sker normalt ved hjælp af en fordelingsnøgle. I fordelingsnøglen kan f.eks. indgå nettoomsætning, kapitalbinding eller antal enheder (forbrugt, produceret eller solgt).

Ved en *central cost allocation* realiseres nytteværdien normalt hurtigt, hvorfor den tidsmæssige forskel mellem bidrag og nytteværdi er mindre problematisk. Ved en *R&D cost sharing* kan det derimod vare flere år, før nytteværdien materialiserer sig. I så fald vil deltagernes bidrag være fastsat på basis af mere eller mindre usikre forudsætninger om fremtiden. Det kan derfor overvejes at foretage periodiske revurderinger af den forventede nytteværdi. Hvis f.eks. tre selskaber i fællesskab udvikler et nyt produkt og har fordelt udnyttelsesretten efter geografiske kriterier, kan der ske det, at konkurrencesituationen ændres markant på det ene marked. Dette kan begrunde en ændring af deltagernes fremtidige bidrag til samarbejdet. Ifølge OECD Guidelines bør efterfølgende begivenheder, som ikke var kendt eller kunne forudses på aftaletidspunktet, ikke få betydning for de hidtidige betalinger. Det afgørende er således, at en CCA på aftaletidspunktet var på armslængdevilkår. Hvis der er stor usikkerhed knyttet til forudsætningerne for fastsættelsen af deltagernes bidrag, kan det dog være påkrævet, af det i aftalen bestemmes, at bidragene periodisk skal revurderes, og at bidragene i bestemte situationer skal justeres.

En CCA kan være gældende for mange år, hvorfor deltagerkredsen kan skifte f.eks. ved køb og salg af selskaber i en koncern. Ved indtræden og udtræden af deltagere skal der disponeres i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

Hvis der indtræder en deltager i en CCA, skal det vurderes, om der gennem det hidtidige samarbejde er skabt værdier. Der kan være tale om forskningsresultater, patenter, know-how mv. Hvis det er tilfældet, må den nye deltager betale for at opnå ret til en andel af resultaterne (*»buy-in payment«*). Hvis der i en CCA f.eks. er to deltagere, og der findes værdier på 100, skal en ny deltager bidrage med 50 for at opnå ret til en andel på 1/3 af den fremtidige nytteværdi. De hidtidige to deltagere vil hver især blive anset for at have solgt en ideel andel af resultaterne for 16 2/3 til den indtrædende deltager. Delsalgene og -købene skal behandles efter skattelovgivningens almindelige regler.

Hvis en eksisterende deltager udtræder af en CCA, skal der også foretages en opgørelse af værdierne på dette tidspunkt. De tilbageblivende deltagere må som udgangspunkt betale den udtrædende deltager for at overtage dennes andel af værdierne (*»buy-out payment«*). Hvis værdien for de tilbageblivende deltagere imidlertid ikke bliver større som følge af en deltagers udtræden af aftalen, er der dog ikke krav om betaling.

Ved ophør skal deltagerne opnå ret til en andel af værdierne svarende til deres relative andel af bidragene.

OECD Guidelines opstiller særlige dokumentationskrav til CCA'er, jf. pkt. 8.42 og 8.43. Fra begyndelsen af arrangementet bør dokumentationen omfatte følgende oplysninger:

- En liste over deltagerne
- En liste over andre koncernforbundne selskaber, der vil blive inddraget i aktiviteterne eller som vil udnytte resultaterne
- En beskrivelse af formålet med aktiviteterne og de specifikke projekter
- Løbetiden for samarbejdet
- En redegørelse for opgørelsen af deltagernes andel af de samlede fordele og forudsætningerne herfor
- En redegørelse for karakteren og værdien af deltagernes bidrag, herunder hvordan værdien af bidragene er fastsat
- En redegørelse for den forventede fordeling af ansvar og opgaver mellem deltagerne og andre virksomheder
- En redegørelse for proceduren for og konsekvenserne af indtræden, udtræden og ophør
- En redegørelse for betingelserne for balancing payments og for løbende justeringer af vilkårene

I aftalens løbetid bør følgende forhold oplyses:

- Ændringer i aftalen og konsekvenserne heraf
- En sammenligning af de forventede fordele med de faktiske resultater
- En opgørelse af de årlige omkostninger, deltagernes bidrag og principperne for opgørelserne

Etableringen af en CCA til brug for forskning og udvikling har til formål at dele ejerskabet til koncernens fremtidige immaterielle aktiver mellem koncernselskaberne ved at lade selskaber beliggende i lavskattelande dække en del af omkostningerne ved de fremtidige R&D-aktiviteter og som modydelse herfor opnå ret til at modtage en del af den fremtidige indtjening fra R&D-aktiviteten. En CCA indebærer ikke nødvendigvis, at den fysiske R&D-aktivitet flyttes, idet ét selskab kan fortsætte med at udøve F&U, mens et andet bidrager med finansiering. Resultatet af en CCA er, at koncernens effektive skatteprocent nedbringes, idet indtjeningen fra R&D-aktiviteterne tilfalder det lavere beskattede selskab.

2.1.2 Kontraktsforskning

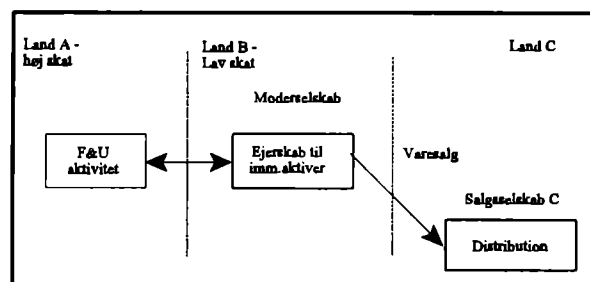
Begrebet *contract research* (kontraktsforskning) indebærer i modsætning til omkostningsfordeling, at forskningsopgaver udlægges eller hjemtages til særlige forskningsvirksomheder beliggende i lavskattelande. Disse enheder udfører herefter forskningen efter udbyderens nærmere anvisninger. Forskningskontrakterne kan tilrettelægges således, at koncernselskabet i det lavest beskattede land kommer til at eje de immaterielle rettigheder, der er resultatet af den fremtidige R&D indsats i højskattelandet. Selve adkomsten til immaterielle rettigheder bør kunne stå for en armslængdeprøvelse således, at lavskatteselskabet ville opnå ejendomsretten til de opståede immaterialaktiver. Bag grundlæggende principper i EU-konkurrenceretten

og nationale immaterialretsordener ligger tilsyneladende en formodning for, at rettigheder og forpligtelser vedrørende immaterielle aktiver tilkommer et moderselskab, såfremt R&D-aktiviteten er overført til et særligt R&D datterselskab. Ejendomsretten til forskningsresultaterne kan ad denne vej placeres i lavskattelande. Der er dog anledning til at udvise stor agtpågivenhed i forbindelse med skatteplanlægning ved immaterielle rettigheder. Således bør der i det mindste stilles følgende spørgsmål⁸: (1) Hvorledes forholder man sig til delvist udviklede ideer? Der skal foretages buy in payments, såfremt ejerskabet til sådanne immaterialaktiver skal ændres. Såfremt der ikke tages hensyn hertil, vil der opstå delt ejerskab, hvilket kan medføre alvorlige vanskeligheder, herunder ved fremtidige afståelser og licensbetalinger mv. (2) Hvorledes behandles ideer, der udspringer af tidligere udviklede ideer? Såfremt der i kontraktsforskningsselskabet benyttes eksisterende immaterialaktiver, opstår der tilsvarende problemer som nævnt ovenfor under (1). Endelig skal der (3) spørges til, om lavskatteselskabet vil være ejer af fremtidige immaterialaktiver, der udspringer af nye ideer. Dette spørgsmål kan udelukkende besvares i henhold til den indgåede kontrakt og den relevante immaterialretslovgivning. Skatteplanlægning gennem kontraktsforskning forudsætter herved i det mindste, at der er indgået en aftale mellem parterne, at denne aftale skal være indgået inden forskningen resulterer i opdagelser, at aftalen tilsikrer, at hele ejerskabet til immaterialaktiver tilkommer principalen samt at kontraktvilkårene om nødvendigt kan håndhæves.

I forbindelse med kontraktsforskning med henblik på udvikling af varemærker i lavskattelande kan en særlig risiko fremhæves. Der kan nemlig opstå en sådan situation i visse lande, at der sker en tvungen afregistrering af varemærket, såfremt lavskatteselskabet ikke har finansiell eller kontraktlig kontrol over de varer, der benytter det relevante varemærke.

Når en kontraktsforskningsaftale er implementeret, kan koncernselskabet i højskattelandet, for så vidt angår R&D-aktiviteten, karakteriseres som et serviceselskab med begrænsede risici, der mod betaling leverer en forsknings- og udviklingsservice til selskabet i lavskattelandet. Resultatet af en aftale om kontraktsforskning vil være, at det højt beskattede selskab ikke længere oppebærer de økonomiske resultater fra den værdiskabende og risikofyldte R&D-indsats, men i stedet modtager en væsentlig lavere betaling fra selskabet i lavskattelandet for de leverede R&D-services. Ejendomsretten til forskningsresultaterne tilhører således udbyderen, mens forskningsenheden reelt er en servicevirksomhed, der bliver vederlagt i overensstemmelse hermed. Dermed nedbringes den effektive skatteprocent i koncernen som følge af, at indkomst flyttes fra det relativt højere beskattede selskab til det lavere beskattede selskab. Disse værktøjer kan sammensættes på forskellig vis alt afhængig af den konkrete situation og den konkrete koncern.

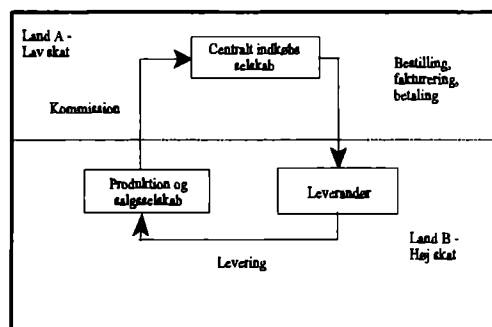
⁸ Jf. John Henshall: Intellectual Property Horror Stories, i Tax Planning International Transfer Pricing, 2001/2, s. 3 ff.



Figur 1. Struktur for kontraktforskning

2.2 Indkøb

En centralisering af koncerninterne indkøbsfunktioner til selskaber, der undergives en lav beskatning, kan medføre skattebesparelser for koncernerne. Dette kan ske ved at etablere et nyt lavt beskattet selskab eller ved, at et eksisterende lavt beskattet selskab bemandes, så det kan varetage koncernens indkøbsfunktioner. Som følge af indkøbsaktiviteten vil det lavt beskattede selskab være berettiget til at oppebære en kommission fra de øvrige eksisterende produktionsselskaber. Konsekvenserne af en centraliseret indkøbsstruktur er, at de økonomiske resultater fra indkøbsfunktionen placeres i et lavt beskattet selskab. Se dog TfS 1999, 950 H J. S. *Ejendoms- og investeringsselskab A/S* for de mulige konsekvenser af en koncernintern reorganisering.



Figur 2. Struktur for central indkøbsfunktion

Den fysiske placering af lagre skal ikke nødvendigvis ændres i forbindelse med implementeringen af et centralt indkøbssystem, ligesom de faktiske leverancer af råvarer mv. kan fortsætte som hidtil. Det lavt beskattede indkøbsselskab vil imidlertid være ansvarlig for bestilling, fakturering og betaling. Det skal bemærkes, at centralisering af indkøbsstrukturer ofte vil være drevet af forretningsmæssige motiver så som ønsket om en strammere styring af koncernens indkøb samt ønsket om herved at opnå rationaliseringsgevinster.

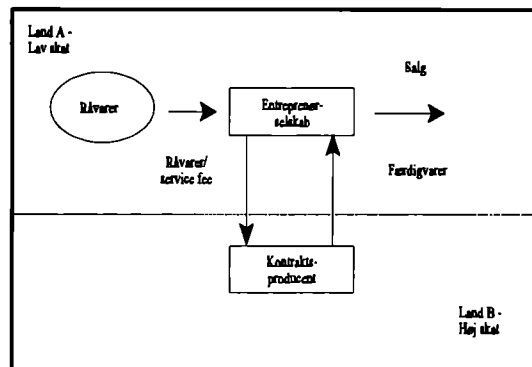
2.3 Produktion – kontraksproduktion og systueproduktion

Det er muligt gennem mobile income at ændre de forretningsmæssige koncepter og herunder funktioner og risici med det formål at kanalisere indkomster bort fra produktionsselskaber i koncernen. Disse ændringer skal naturligvis ske på armslængdevilkår. Lige som for en distributør, jf. nedenfor, kan produktionen flyttes fra et selskab til et andet. En producent med ansvar for alle funktioner udfører således forskning og udvikling, indkøb af råvarer og halvfabrikata, producerer til lager, indgår langtidskontrakter etc. I koncernforhold bliver det mere og mere almindeligt forekommende, at én producent er ansvarlig for hele produktionen, uanset at en række funktioner udføres i andre datterselskaber. Der opereres her med såkaldte *contract manufacturing (kontraksproduktion)* – og *toll manufacturing-koncepter (systueproduktion eller lønarbejdeproduktion)*. Væsentlig for disse er, at en række forretningsmæssige funktioner og risici samt aktiver ikke ligger hos disse producenter. Disse virksomheder kan derfor i visse tilfælde antage karakter af servicevirksomheder, idet de kun producerer efter anvisning fra den reelle producent, som også har ejendomsretten til råvarerne, produktionsknow-how og andre forbundne immaterielle aktiver. Sondringen mellem toll-manufacturing og contract manufacturing udspringer særligt af moms- og toldmæssige forhold i internationalt regi.

En ordinær kontraksproducent har ejendomsretten til det producerede produkt. En systueproducent ejer ikke råvarer, halvfabrikata eller færdigvarer. En systueproducent yder derimod en produktionsservice til entreprenørselskabet, dvs. det selskab, der ejer produkterne. I dansk civilretlig henseende må det antages, at denne type kontraksproduktion i visse tilfælde har betydelige lighedstræk med tilvirkningskøbet.⁹ Det er dog ikke givet, at dette stedse vil være tilfældet, navnlig såfremt der ikke er tale om produkter af stor specialkarakter som defineret af bestilleren (moderselskabet), hvor der i stedet vil være tale om en simpel produktion af standardprodukter. Det skal kontraktligt tilsikres, at ejendomsretten til produkterne tilkommer selskabet i lavskattelandet.

Som modydelse betaler entreprenørselskabet kontraksproducenten en service-fee, der for eksempel beregnes på cost plus-basis. Kontraksproduktion vil ofte være forbundet med skattebesparelser, når en koncern har produktionsselskaber beliggende i højskattelande. En kontraksproducent har en markant anderledes risikoprofil end en traditionel producent, der ejer råvarer og har debitorrisiko. Effekten af at implementere en aftale om kontraksproduktion bliver derfor, at overskud flyttes fra den højere beskatning i ét land til lavere beskatning i et andet land.

⁹ Jf. herom Erik Hørlyck: Tilvirkningskøbet – NLM 94 – NL 92 – ECE 188 A – ECE 188, 1. udg.

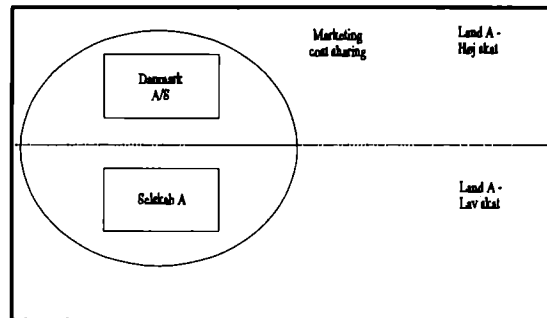


Figur 3. Standard kontraktproducent struktur

Implementering af en aftale om kontraktproduktion involverer en række kritiske overvejelser, idet det blandt andet bør overvejes, om der som følge af skiftet til kontraktproduktion overdrages know-how eller andre immaterielle rettigheder ved strukturændringen. Endvidere er det afgørende, at den service-fee, der fastsættes til kontraktproducenten, foretages på armslængdevilkår.

2.4 Marketing

Såfremt en koncerns forretningsmodel bygger på immaterielle aktiver i form af varemærker og forretningskendetegn, opstået som resultat af markante markedsføringsaktiviteter, er der grundlag for flere potentielle skattebesparelser. Indgåelsen af en CCA/en cost sharing-aftale indebærer, at ejerskabet til koncernens immaterielle aktiver som følge af markedsføringsindsatsen deles mellem flere selskaber i koncernen. Modellen indebærer, at et lavt beskattet selskab dækker en del af omkostningerne ved de fremtidige marketingaktiviteter. Som modydelse opnår det lavt beskattede selskab ret til en del af den fremtidige indtjening fra marketingaktiviteterne og de deraf fremkomne immaterielle aktiver. Cost sharing aftalen indebærer dermed, at fremtidige immaterielle aktiver skabt gennem marketing ejes delvist af de involverede selskaber. En CCA indebærer ikke nødvendigvis, at den fysiske marketingaktivitet flyttes. Det selskab, der hidtil har udført marketingaktiviteten, kan uændret fortsætte hermed, mens det lavt beskattede selskab udelukkende deltager med finansiering. Resultatet af en CCA er, at koncernens effektive skatteprocent nedbringes, da en del af indtjeningen fra marketingaktiviteterne tilfalder det lavere beskattede selskab.



Figur 4. Marketing cost sharing

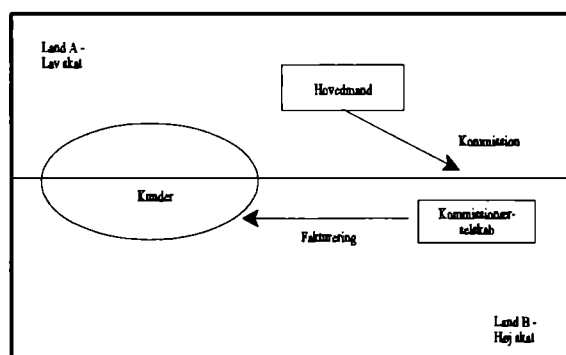
2.5 Distribution

Stripped distribution indebærer, at de forretningsmæssige koncepter og herunder funktioner og risici ændres med det formål at kanalisere indkomster bort fra distributionsselskaber i koncerner. Disse ændringer skal naturligvis ske på armslængdevilkår. Normalt vil et distributionsselskab udføre de almindelige funktioner samt bære de forretningsmæssige risici i forbindelse med varekøb og varesalg. Dette indebærer, at selskabet har den markeds-mæssige risiko for at kunne sælge produkterne med fortjeneste, ligesom selskabet bærer en kreditrisiko, risiko for ukurans (lagerrisiko) og prisfastsættelse mv. I koncernforhold vil en distributør i henhold til armslængdeprincippet være berettiget til at foretage sine køb på sådanne vilkår, at der indrømmes distributøren en fornøden indtjening til at dække de funktioner, denne har påtaget sig. Beslutes det eksempelvis, at varekøb ikke skal ske til distributørens lager, men at varerne leveres direkte til distributørens kunder, sparer distributøren folgelig lager- og transportomkostninger. Alle disse transaktioner udføres herefter for eksempel af producenten eller et distributionscenter. Når distributøren ikke længere bærer de forretningsmæssige risici, er det i overensstemmelse med armslængdeprincippet, at distributørens fortjeneste reduceres.

Den såkaldte *kommissionærmodel* har medført, at kommissionsforholdet i de senere år har opnået en renæssance, idet konceptet har fundet anvendelse i multinationale selskabers skatteplanlægning. Modellen, der udelukkende er anvendelig i ikke-Common Law-lande, muliggør flytning af overskud fra salgs- til produktionsleddet. Kommissionærsystemet er nærmest at betragte som en hybrid mellem ordinære købs-/salgsforhold og agentforhold og kombinerer fordelene ved begge modeller. En distributør sælger i eget navn og for egen regning, mens en agent opererer i hovedmandens (hvervgiverens) navn og for dennes regning. Kommissionæren sælger i eget navn, men for hovedmandens (kommittentens) regning og risiko. Kommissionæren fremtræder over for omverdenen, som distributør af produkter eller service, som den direkte berettigede og forpligtet. På den anden side bærer kommissionæren ikke de samme risici som en distributør, idet han ikke har ejendomsretten til lageret og kun holder debitorer på vegne af kommittenten. Kommissionærsystemet betyder således i forhold til en almindelig distributør en begrænsning af funktioner og risici. Kommissionæren ejer ikke lageret, hvilket inde-

bærer, at han ikke har nogen kommerciel risiko ved lagerdrift, finansiering heraf og debitorrisiko. Dog vil kommissionæren have visse risici over for kunderne, idet der kan opstå krav i forbindelse med mangelfuld eller forsinket levering. I de fleste tilfælde er det dog kommittentens pligt at holde kommissionæren skadesløs ved disse risici, og fastlæggelsen af kommissionen afhænger af, hvilke risici kommissionæren påtager sig. Modellen indebærer dermed, at salgsselskaberne oppebærer lavere resultater, mens eksempelvis moderselskabets resultater forøges. Implementering af en kommissionærstruktur forudsætter, at bl.a. følgende forhold undersøges:

- Potentielle forretningsmæssige konsekvenser af strukturen
- Skattemæssige konsekvenser, så som goodwilloverdragelse, fast driftssted, mv.
- Moms- og toldmæssige overvejelser
- Fastlæggelse af en markedsrettet kommissionssats



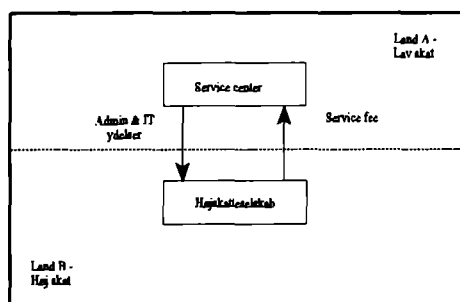
Figur 5. Standard kommissionær struktur

Ved brug af kommissionærmodellen opstår navnlig spørgsmålet om, hvorvidt der opstår fast driftssted for hovedmanden, og i givet fald hvorledes indkomsten skal opgøres for det faste driftssted. Ligeledes rejses der som følge af kommissionærmodellen spørgsmålet om, hvorvidt en ændring af forretningskonceptet skal sidestilles med salg af virksomheden i skattemæssig henseende. Sidstnævnte skyldes primært, at distributøren ikke længere har ejendomsretten til udestående tilgodehavender. I Danmark har skatteministeren i forbindelse med behandlingen af L 84 vedrørende indførelsen af SKL § 3 B udtalt i bilag 14 (svar til spørgsmål 6 i bilag 12), at der efter en konkret ligningsmæssig bedømmelse kan komme goodwillbeskatning på tale, idet der efter ministerens opfattelse ved etableringen af en kommissionærmodel i koncernforhold sker en ændring i forholdet mellem moder- og datterselskab, selvom der ikke sker en ændring udadtil over for kunderne. Det følger imidlertid af praksis, at distributører ikke anses at besidde kundeporteføljen, medmindre der foreligger særskilt aftalegrundlag herom mellem parterne. TFS 2001, 231 H *Handelsanpartsselskabet af 21.01.1983* og TFS 2002, 563 H *Køkken Interiør ApS* kan i denne henseende formentlig give retningslinier herom. I sagerne udtalte Højesteret, at kundekredsen måtte antages at tilhøre leverandøren (Danica Køkkenet A/S), idet denne efter særligt aftalte regler om opsigelse kunne bringe eneforhand-

leraftalen til ophør og derved afskære eneforhandleren fra den kundekreds, der efterspurgte Danica-produkter. Såfremt aftalegrundlaget er på plads, vil der således typisk ikke opstå goodwill hos distributøren. En yderligere uafklaret problemstilling synes at være spørgsmålet om, hvorvidt der så at sige findes et armslængdeopsigelsesvarsel, hvorved der bør ydes kompensation ved opsigelse med kortere varsel end mindsteopsigelsesvarslet. Civilretlig retspraksis indebærer tilsyneladende, at opsigelsesvarslene på 6 måneder er passende, såfremt forhandleraftalen har løbet 16-20 år. For 10-årige aftaler er 3 måneders varsel blevet accepteret, mens 1 måned accepteres ved aftaler, der har løbet op til 2 år.¹⁰ Denne praksis giver indikationer af, hvad tredjemand ville acceptere i relation til opsigelsesvarsel ved distributionsaftaler, hvilket dog naturligvis kan variere efter handelsrelationens nærmere omstændigheder.

2.6 Koncerninterne serviceydelser – servicecentre

Mobile income kan endelig indebære en optimering af koncerninterne servicefunktioner, herunder placeringen af funktioner samt de metoder, der anvendes til at beregne betaling for ydelserne. En mulighed er at oprette et fælles koncerninternt servicecenter, selvom dette normalt ikke vil blive henført under mobile income-problematikken. En række lande tilbyder gunstige betingelser både hvad angår forretnings- og skattemæssige forhold. Oprettelsen af et servicecenter kan indebære en ikke ubetydelig omstrukturering af servicefunktionerne i koncernen, alt efter om man vælger at lægge alle koncerninterne serviceydelser centralt eller nøjes med specielle funktioner (eksempelvis et call-center). Det er derfor afgørende, at såvel de forretningsmæssige som de skattemæssige konsekvenser afdækkes.



Figur 6. Standard service center struktur

¹⁰ Se om denne praksis Erling Borchert i UfR 1999 B, s. 79 ff., og samme i UfR 1993 B, s. 97 ff.

Det skal også vedrørende oprettelsen af centraliserede service centre bemærkes, at disse ofte er forretningsmæssigt begrundede, idet strukturen ofte er forbundet med betydelige rationaliseringsgevinster.

3. Sammenfatning og perspektiver

Skatteretten udvikler sig i takt med virkeligheden. Det samme kan i endnu højere grad siges om disciplinen »skatteplanlægning«. Der er ovenfor redegjort for nogle af de teknikker, der vel efterhånden må antages at være gængse i forbindelse med koncerners skatteplanlægning. Der er ikke tale om en skatteretlig døgnflue, og metoderne ændrer sig i takt med de udfordringer, de stilles overfor. Det må således fastslås, at tankegangen om »mobil indkomst« udgør en bestanddel af dansk skatteret, hvilket såvel skatteydere som lovgiver tilsyneladende har vænnet sig til.

Nyt prospektdirektiv på vej – skærpede krav og ny reguleringsmodel

af

Nis Jul Clausen

1. Indledning

Spørgsmålet om børsprospekters indhold og prospektansvar har gennem de senere år været nært forbundet med Hafnia-sagen, hvor to private investorer anlagde erstatningssag mod konkursboet efter Hafnia, to ledelsesmedlemmer og revisorerne i Hafnia, samt Den Danske Bank, der som finansiel formidler medvirkede i forbindelse med udarbejdelsen af Hafnias børsprospekt i 1992. Kort efter børsmissionens gennemførelse blev Hafnia erklæret konkurs. Ved Sø- og handelsrettens dom af 2. september 1999 blev konkursboet, Hafnias revisorer og Danske Bank pålagt erstatningsansvar, idet retten blandt andet fandt, at børsprospektet på en række punkter ikke gav et retvisende billede af den økonomiske situation i Hafnia på emissionstidspunktet.¹ Ved Højesterets dom af 28. juni 2002 gengivet i UfR 2002.2067 HD blev de sagsøgte frifundet. Højesteret fandt, »at den kritik, som på enkelte punkter kan rettes mod prospektet...ikke kan bevirke, at prospektet efter en samlet vurdering lider af sådanne mangler, at der er grundlag for at pålægge erstatningsansvar.«²

Sideløbende hermed, omend uden samme bevågenhed som Hafnia-sagen, er der gennemført en række ændringer i værdipapirhandelslovens regler om børsprospekter.³ Kravet om god prospektskik er udgået af værdipapirhandelslovens § 23, stk. 2, og erstattet af en nærmest selvfølgelig bestemmelse om, at prospekter skal udarbejdes i overensstemmelse med de regler, som Fondsrådet fastsætter om prospekters indhold. At man på lovniveau har fjernet kravet om god prospektskik, kan dog næppe udelukke Københavns Fondsbørs fra i dens regler at opstille og anvende en sådan dynamisk god skik-regel. Desuden er det i § 23, stk. 3 blevet fastsat, at Fondsrådet og ikke som tidligere en fondsbørs træffer beslutning om prospekters godkendelse. Fondsrådet har dog efter lovbemærkningerne mulighed for

¹ Om Sø- og handelsrettens dom, se nærmere *Lars Bo Langsted*, *Revision og Regnskabsvæsen* 1999 nr. 10 s. 19, *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, *Børsretten* (2000) s. 158 ff. og *Erik Werlauff*, *Børs- og kapitalmarkedsret* (2000) s. 192 ff.

² Om Højesterets dom, se *Mikael Bernhoft*, NTS 2002:3 s. 338 ff. og *Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff*, UfR 2002 B 437 ff.

³ Jf. lov nr. 427 af 6. juni 2002 om ændring af lov om værdipapirhandel m.v. og lov om Erhvervsankenævnet.

at delegere godkendelseskompetencen til eksempelvis Københavns Fondsbørs, og en sådan delegation må i hvert fald for børsprospekter forventes.

Herudover har Københavns Fondsbørs skærpet kravene til prospekters udformning og indhold i forbindelse med vedtagelse af Regler for notering på Københavns Fondsbørs A/S (Noteringsregler), som trådte i kraft pr. 1. januar 2002. Med de nye Noteringsregler har Fondsbørsen for første gang udarbejdet et samlet regelsæt for prospekters indhold og udformning. Indholdsmæssigt er der ikke alene tale om en kodificering af hidtidig praksis, men tillige fastlæggelse af nye krav, som tilsigter at leve op til den internationale standard, som denne kommer til udtryk på London Stock Exchange og på de andre fondsbørser i Norex-samarbejdet. Med de nye krav til prospekters indhold har Fondsbørsen blandt andet fokuseret på de børsnoterede selskabers interne styresystemer, interne regler og ledelsens kompetence. Desuden er oplysningskravene blevet præciseret og skærpet blandt andet med hensyn til selskabernes strategi og markedsforhold og transaktioner af særlig betydning, herunder transaktioner mellem selskabet, de eksisterende aktionærer, finansielle formidlere og andre nærtstående parter.⁴

Endelig har EU-Kommissionen fremlagt nye forslag til et direktiv omprospekter i forbindelse med udbud af værdipapirer til offentligheden og optagelse til handel på et reguleret marked. Direktivforslagene er blandt de første direktiver inden for børs- og værdipapirhandelsområdet, som anvender den nye reguleringsmetode – komitologi – som er vedtaget for det finansielle område.

Nærværende artikel vil under 2 kort redegøre for denne reguleringsmetode, og under 3 vil der blive redegjort nærmere for nogle af de nyskabelser, som direktivforslaget vil indebære, og de mulige konsekvenser en vedtagelse vil få for dansk rets vedkommende.

2. Komitologi – en ny reguleringsmetode for det finansielle område

Gennem de seneste tre årtier har EF og nu EU anvendt en række forskellige metoder for reguleringen af børs- og værdipapirmarkedet – alle ud fra et ønske om at etablere og styrke ét fælles europæisk finansielt marked og øge investorbeskyttelsen i Europa.

Det første initiativ på dette område var EF-Kommissionens henstilling fra 1977 om europæiske etiske regler vedrørende handel med værdipapirer.⁵ Herefter fulgte en række direktiver, som gennem en meget detaljeret regulering søgte at opnå harmonisering (ensartede) regler i alle medlemslande. Hertil hører betingelsesdirekti-

⁴ Der er blandt andet, jf. Noteringsreglernes Del II, afsnit 2, § 27, stk. 2, blevet indført et krav om, at det af prospektet skal fremgå, hvis provenuet helt eller delvist vil blive anvendt til nedbringelse af lån ydet af eventuelle formidlere eller konsortiebanker, og afviklingsvilkårene for sådanne lånearrangementer skal beskrives – en problemstilling som også var fremme i Hafnia-sagen. Nærmere om de nye Noteringsregler, se *Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff*, UfR 2002 B 83 ff samt *Dan Moalem og David Moalem*, NTS 2002:2 s. 147 ff.

⁵ Jf. EFT 1977 L 212/37.

vet (1979) og børsprospektdirektivet (1980),⁶ som udover bestemmelser i direktiverne fastlagde detaljerede krav til de forskellige typer af udstedere i skemaer.

I 1980'erne blev der vedtaget en række minimumsdirektiver, som direkte eller indirekte lagde op til, at medlemsstaterne kunne fastsætte strengere regler, se således halvårsrapportdirektivet (1982), storaktionærdirektivet (1988) samt insiderdirektivet (1989).⁷ Med en sådan minimumregulering blev der – uden at det på daværende tidspunkt spillede en afgørende rolle – åbnet mulighed for en reguleringsmæssig konkurrence mellem medlemsstaterne og de enkelte finansielle markeder inden for EU.

For yderligere at forbedre mulighederne for at rejse kapital på flere markeder inden for Fællesskabet blev der i 1990 gennemført regler om gensidig anerkendelse af prospekter.⁸ Med visse tidsmæssige begrænsninger blev det muligt at anvende et børsprospekt godkendt i ét medlemsland i forbindelse med notering på en fondsbørs beliggende i et andet medlemsland, derved at det allerede godkendte prospekt uden yderligere godkendelse kunne anvendes i forbindelse med den sekundære notering. Dog kunne der stilles krav om oversættelse og tilføjelse af oplysninger, som var særlige for det sekundære marked, herunder om skattemæssige forhold.

Med investeringsservicedirektivet og kapitalkravsdirektivet i 1993⁹ lagde man afgørende vægt på at sikre de finansielle virksomheder fri og lige adgang til alle markeder inden for Unionen. Hovedprincippet var gensidig anerkendelse og hjemlandskontrol, således at en finansiell formidler med godkendelse fra hjemlandet og på de dér gældende betingelse skulle have fri adgang til at udøve investeringsservicevirksomhed eller etablere sig inden for Den Europæiske Union – det såkaldte europæiske pas.

Endelig har EU som følge af indførelsen af subsidiaritetsprincippet søgt at anvende rammedirektiver. Rammedirektiver opstiller en række generelle principper og fundamentale krav, som medlemslande skal anvende i forbindelse med gennemførelse af nationale bestemmelser. Herudover angives en række forhold, som skal reguleres, men uden angivelse af indholdsmæssige krav. Anvendelse af rammedirektiver giver i særlig grad mulighed for reguleringsmæssig konkurrence inden for børs- og værdipapirhandelsretten. Som eksempel på et rammedirektiv med meget begrænset detaljeringsgrad kan nævnes det forslag til 13. selskabsdirektiv om

⁶ Henholdsvis EFT 1979 L 66/21 og EFT 1980 L 100/1.

⁷ Henholdsvis EFT 1982 L 48/26, EFT 1988 L 348/62 og EFT 1989 L 334/30.

⁸ Dette skete ved en ændring af børsprospektdirektivet, jf. EFT 1990 L 112/24.

⁹ Henholdsvis EFT 1993 L 141/27 og EFT 1993 L 141/1.

overtagelsestilbud,¹⁰ der som følge af stemmeafgivningen 273 for og 273 imod ikke blev vedtaget af EU-Parlamentet i 2001.¹¹

I 2000 nedsatte Rådet den såkaldte Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets. Komiteen skulle under hensyntagen til de udfordringer, som det europæiske finansielle marked står overfor, blandt andet fremkomme med forslag til nye reguleringsmetoder for EU's regulering af det finansielle marked. I sin endelige rapport – den såkaldte Lamfalussy rapport¹² – foreslog komiteen, at der i den EU-retlige regulering på det finansielle område skete en opsplitning mellem et direktivniveau med generelle principper og fundamentale krav og et niveau med tekniske og detaljerede regler, som EU-Kommissionen udsteder efter høring i et komite-system.

Den nye reguleringsmetode indebærer 4 niveauer:

- Rammedirektiver med fastlæggelse af principper og fundamentale krav inden for det pågældende område.
- Etablering af to komiteer – the EU Securities Committee (med repræsentation fra politisk niveau i medlemsstaterne) og the EU Securities Regulators Committee (med repræsentation fra højeste niveau i medlemsstaternes kompetente myndighed) – som har til opgave at medvirke i forbindelse med EU-Kommissionens fastsættelse af detaljerede og teknisk betonedede regler til udfyldning af direktivernes krav.
- Øget samarbejde og etablering af netværk mellem de regeludstedende myndigheder inden for EU med henblik på at sikre en fælles og ensartet implementering af EU's regler. I forbindelse hermed skal der udarbejdes fælles retningslinier for de nationale myndigheders implementering af EU-reguleringen. På de områder, hvor der ikke findes EU-regulering, kan der udarbejdes ikke bindende standarder, som kan anvendes nationalt.
- Øget indsats med henblik på at sikre håndhævelse af reglerne for det finansielle marked. Kommissionen skal styrke indsatsen med henblik på at sikre håndhævelse af den EU-retlige regulering, og i denne sammenhæng skal samarbejdet mellem medlemsstaterne, deres regeludstedende myndigheder og den private sektor styrkes.¹³

¹⁰ Jf. forslag af 10. november 1997, COM (1997) 6565. Nærmere herom, se *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen*, Takeover bids – the Danish, Norwegian and Swedish Regulation to be challenged by the 13th Company Law Directive (1998) s. 13 ff. og *Mette Neville*, Beretning fra Fondsrådet 2000 s. 19 ff.

¹¹ Se nærmere herom, *Rolf Skog*, NTS 2001:4 s. 407 ff. EU-Kommissionen har den 2. oktober 2002 fremsat et nyt forslag til direktiv om overtagelsestilbud, som i forhold til det tidligere forslag er mere detaljeret i sin regulering, jf. KOM (2002) 534.

¹² Jf. Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets af 15. februar 2001.

¹³ Se nærmere herom, *Niamh Moloney*, EC Securities Regulation (2002) s. 858 ff.

3. EU-Kommissionens forslag til nyt prospektdirektiv

3.1 Baggrund

Som nævnt er den gældende EU-retlige regulering af børsprospekter baseret på børsprospektdirektivet fra 1980, hvortil kommer udbudsprospektdirektivet fra 1989,¹⁴ som opstiller nærmere krav til prospekter i forbindelse med første udbud af ikke børsnoterede værdipapirer til offentligheden.¹⁵ Denne regulering må i dag, ikke mindst for børsprospektdirektivets vedkommende, anses for forældet såvel strukturelt som indholdsmæssigt. The Wise Men Committee prioriterede da også behovet for et nyt prospektdirektiv højest i the Financial Service Action Plan.¹⁶ Tilsvarende har FESCO (Forum of European Securities Commissions) gennem en række rapporter påpeget behovet for en reform af EU's regler om prospekter.¹⁷

Men henvisning til Traktaten om etablering af Det Europæiske Fællesskab, særligt artikel 44 og 95 fremsatte EU-Kommissionen den 30. maj 2001 det første forslag til nyt prospektdirektiv.¹⁸ Kommissionen fremsatte den 9. august 2002 et revideret forslag til prospektdirektiv,¹⁹ som i betydeligt omfang har indarbejdet de bemærkninger, som Det økonomiske og sociale Udvalg, Den Europæiske Centralbank og EU-Parlamentet fremkom med i relation til det oprindelige forslag. Med mindre andet anføres, refereres der i det følgende til Kommissionens seneste forslag til prospektdirektiv – betegnet direktivet. Der er den 5. november 2002 opnået enighed om direktivet, dog således at der er foretaget enkelte ændringer i forhold til forslaget af 9. august 2002.

3.2 Generelle bemærkninger

Det fremgår af præamblen, at direktivet er af helt afgørende betydning for at sikre et velfungerende europæisk kapitalmarked. Dette må ses i sammenhæng med ønsket om at gøre det europæiske marked internationalt attraktivt og konkurrencedygtigt, ikke mindst i forhold til USA. Direktivet skal øge investorbeskyttelsen og sikre markedets integritet, og direktivets bestemmelser og de nærmere regler, som vil

¹⁴ Jf. EFT 1989 L 124/8.

¹⁵ Nærmere herom, se eksempelvis Erik Werlauff, EU-selskabsret – 28 staters fælles virksomhedsret (2002) s. 302 ff.

¹⁶ Jf. Lamfalussy-rapporten s. 3 og s. 12 ff.

¹⁷ Jf. rapporten European Public Offer fra maj 2000 og A European Passport for Issuers – A report to the EU Commission dateret 17. januar 2001.

¹⁸ Se således Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om det prospekt, der skal offentliggøres, når værdipapirer udbydes til offentligheden eller optages til omsætning, jf. EFT 2001 C 240 E/272.

¹⁹ Se således Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om det prospekt, der skal offentliggøres, når værdipapirer udbydes til offentligheden eller optages til omsætning og ændring af Direktiv 2001/34/EC, jf. KOM(2002) 460 endelig 2001/0117 (COD).

blive udstedt i medfør heraf, skal være »i overensstemmelse med de høje reguleringsstandarder, der vedtages i de relevante internationale fora«, jf. betragtning 10. I de generelle bemærkninger til direktivet (s. 3) uddybes dette med hensyn til det tilsigtede oplysningsniveau: »Dette forudsætter en indbyrdes tilpasning af de eksisterende oplysningskrav, så der i overensstemmelse med princippet om maksimal harmonisering overalt i EU gælder samme krav ved værdipapirers udbydelse til offentligheden eller optagelse til omsætning.«

3.2.1 Skærpede krav

For at sikre det europæiske markeds internationale konkurrencedygtighed og investorbeskyttelse må det anses for nødvendigt, at reglerne om prospekter på EU-niveau og nationalt afspejler en høj international standard. Dette gælder i øvrigt ikke alene for oplysninger i prospekter, men i ligeså høj grad for reglerne om udstedernes kontinuerlige og regnskabsmæssige oplysningsforpligtelse, hvilket Kommissionen også fremhæver i de generelle bemærkninger til direktivet.²⁰

Den dominerende faktor med hensyn til reguleringsniveauet på kapitalmarkedet har de seneste år været de forventninger og krav, som de internationalt orienterede investorer og globalt orienterede udstedere og formidlere har. De ønsker en høj og international standard for regnskaber, anden form for information, corporate governance osv. Mens den selskabsretlige regulering, i hvert fald i USA under betegnelsen Delaware effect²¹ har været præget af »a race to the bottom«, har den børss- og værdipapirhandelsretlige regulering været præget af »a race to the top«. ²² Med direktivet understøtter Kommissionen en fortsat »race to the top« inden for børss- og værdipapirhandelsretten. Den EU-retlige detailregulering som skal udstedes i overensstemmelse med den nye komitologi-procedure, må ligeledes forventes at øge kravene, jf. de generelle principper for Kommissionens regelfastsættelse som nævnt i præambelens betragtning 33, og specielt vedrørende de indholdsmæssige krav til prospekter, som efter art. 7, stk. 2, skal »baseres på de normer for finansielle og

²⁰ Jf. direktivet s. 5, hvor det påpeges, at den eksisterende regulering på området, som den kommer til udtryk i det konsoliderede direktiv om børssnotering og oplysningsforpligtelse 2001/34/EF, jf. EFT 2001L 184/1 er utilstrækkelig. Det anføres desuden, at de »gældende krav bør erstattes af nye europæiske oplysningsstandarder. Fremmes bedste praksis, vil det forbedre markedstilliden og tiltrække kapital. En forbedring af EU's oplysningskrav skal stemme overens med de internationale oplysningskrav, der i 1998 blev vedtaget af IOSCO (Den Internationale Børs-tilsynsmyndighed)«. Se IOSCO's Report on International Disclosure Standards for Cross-border Offerings and Initial Listings by Foreign Issuers, September 1998.

²¹ Se nærmere herom eksempelvis, *Gérard Hertig*, Regulatory Competition in EU Financial Services i *Daniel C. Esty & Damien Geradin (eds.)*, Regulatory Competition and Economic Integration (2001) s. 218-40 og specielt vedrørende USA, *Roberta Romano*, Empowering Investors: A Market Approach to Securities Regulation, Yale Law Journal 1998 vol. 107 s. 2359 ff.

²² Jf. eksempelvis *Nis Jul Clausen*, Securities markets co-operation; a new regulatory standard in the next millennium, The Company Lawyer 2000 vol. 21 s. 43.

andre oplysninger, der fastlægges af internationale børstilsynsorganisationer og navnlig Den Internationale Børstilsynsorganisation (IOSCO)«. ²³

Som følge heraf vil det efter direktivets vedtagelse være vanskeligere for medlemsstaterne og de enkelte markeder at søge at tiltrække udstedere til et bestemt marked ved at sætte en lav reguleringsmæssig standard. ²⁴

3.2 Reguleringsmæssig konkurrence

Såvel prospektdirektivet som det tidligere takeoverdirektiv er som nævnt blevet betegnet som rammedirektiver. Men mens der med takeoverdirektivets meget overordnede regelfastsættelse og den blotte listning af emner, som medlemsstaterne skulle regulere, var tale om en meget begrænset harmonisering og et betydeligt spillerum for reguleringsmæssig konkurrence medlemsstaterne og de enkelte markeder imellem, er dette ikke tilfældet med hensyn til prospektdirektivet. Her er en øget harmonisering og en klart højere og international oplysningsstandard i alle medlemsstater målet.

Men det er dog ikke således, at direktivet udelukker reguleringsmæssig konkurrence. Selvom direktivet ikke som for eksempel insiderdirektivet i art. 6 præciserer, at der er tale om et minimumsdirektiv, er de fleste af direktivets bestemmelser minimumskrav. Det gælder eksempelvis kravene til de informationer, som skal gives i prospekter, jf. art. 5 og 7. Det må forventes, at såvel medlemslandene som de enkelte fondsbørser og andre former for regulerede markeder med de begrænsninger, som følger af direktivet, vil fortsætte med at stille forskellige krav til prospekters indhold og den procedure, som skal iagttages i forbindelse hermed. Disse krav vil være mere vidtgående, end hvad der følger af direktivet og EU-bestemmelserne udstedt i medfør heraf. ²⁵

3.3 Nyskabelser

Med henblik på at opnå sit formål – skabelse af et attraktivt og konkurrencedygtigt europæisk kapitalmarked og sikre en høj investorbeskyttelse – indeholder direktivet en række nyskabelser i forhold til de gældende regler. Det ligger uden for rammerne

²³ Præciseringen af de rammer, inden for hvilke Kommissionen skal fastsætte yderligere regler, er i vidt omfang en følge af de indvendinger, som EU-Parlamentet havde mod Kommissionens oprindelige forslag til prospektdirektiv, jf. Parlamentets bemærkninger af 14. marts 2002 til de oprindelige forslag.

²⁴ Mulighederne for, at udstederne søger til markeder med de mindste krav – såkaldt forum shopping – begrænses tillige af direktivets bestemmelser om kompetent myndighed og godkendelsesmyndighed, jf. art. 13, stk. 1 sammenholdt med art. 2, stk. 1 (m) omtalt nedenfor under 3.3.4.

²⁵ Der vil således ikke være noget til hinder for, at der i forbindelse med børsnoteringer og børs-emissioner stilles særlige krav til due diligence eller verifikation, jf. eksempelvis Københavns Fondsbørs' krav om erklæringsafgivelse fra den finansielle rådgiver i Noteringsreglerne Del II, afsnit 2, § 15. Sådanne særlige krav vil dog ikke kunne gøres gældende over for selskaber, som har opnået godkendelse af prospektet i en anden medlemsstat, jf. de særlige regler om et europæisk pas for udstedere af værdipapirer i direktivets art. 17 ff. omtalt nedenfor under 3.3.4.

for nærværende artikel at gennemgå disse i deres helhed. Der vil i det følgende blive knyttet kommentarer til nogle af de bestemmelser, som er fundet at have særlig interesse i en dansk sammenhæng:

- reglerne om direktivets anvendelsesområde, herunder om særlige krav i forbindelse med udbud af værdipapirer til kvalificerede investorer, jf. 3.3.1,
- fastlæggelse af den kompetente myndighed, herunder mulighederne for delegation af kompetence og hjemlandsgodkendelse, jf. 3.3.2,
- regler om erstatningsansvar i forbindelse med prospekter, jf. 3.3.3,
- reglerne for grænseoverskridende udbud og noteringer, jf. 3.3.4.

3.3.1 Direktivets anvendelsesområde – kvalificerede investorer

Det nuværende børsprospektdirektiv gælder for »optagelse til officiel notering på en fondsbørs«, jf. art. 1, stk.1, og udbudsprospektdirektivet for ikke-børsnoterede »værdipapirer, der for første gang udbydes til offentligheden«, jf. art. 1, stk. 1 med en række begrænsninger i art 2. Denne sondring opgives.

Direktivet gælder, »når værdipapirer udbydes til offentligheden eller optages til omsætning på et reguleret marked, der er beliggende i eller er aktivt i en medlemsstat.« Kravet om officiel notering, som i dag har mistet sin relevans, erstattes med optaget til handel på et reguleret marked – et begreb som tillige anvendes i insiderdirektivet og investeringsservicedirektivet.²⁶ Desuden omfattes nu ethvert – såvel første som senere – udbud til offentligheden af værdipapirer af prospektkravene.

Mens optagelse til handel i kraft af udstederens ansøgning herom er objektivt konstaterbar, er det mere usikkert, hvornår der foreligger et udbud til offentligheden. I art. 2, stk. 1 (d) søges dette præciseret, idet »udbydelse af værdipapirer til offentligheden« er »henvendelse til personer under enhver form og ad enhver vej med tilstrækkelige oplysninger om udbydelsens betingelser og de udbudte værdipapirer til at sætte en investor i stand til at træffe afgørelse om køb eller tegning af disse værdipapirer. Denne definition finder også anvendelse ved placering af værdipapirer gennem finansielle formidlere.« Herudover er det i art. 1, stk. 2 og art. 2, stk. 2 under anvendelse af en række objektive kriterier fastlagt, i hvilke tilfælde direktivet ikke finder anvendelse.²⁷ Disse bestemmelser er bindende for medlemsstaterne.

Omend definitionen af »udbydelse af værdipapirer til offentligheden« giver anledning til visse fortolkningsmuligheder, har Kommissionen med bestemmelserne om direktivets anvendelsesområde tilstræbt og til dels opnået, at der i samtlige

²⁶ Det er i øvrigt et gennemgående træk ved direktivets fastlæggelse af definitioner i art. 2, at man tilstræber at anvende de samme definitioner i alle direktiver, således at usikkerhed med hensyn til reglernes anvendelsesområde mindskes, jf. således at definitionen af værdipapirer i art. 2, stk. 1 (a) henviser til Investeringsservicedirektivets definition heraf i art. 1, stk. 4.

²⁷ Udover undtagelse for kvalificerede investorer, jf. straks nedenfor, undtages udbud, som retter sig til mindre end 100 personer, visse beløbsmæssigt mindre udbud, samt udbud på mindst 50.000 EURO pr. værdipapir.

medlemsstater vil blive anvendt fælles kriterier for, hvornår de nationale prospektregler skal anvendes.

Som noget nyt indføres der en undtagelse for prospektkravene, hvis udbudet er rettet mod kvalificerede investorer, idet et sådant udbud ikke betragtes som et udbud til offentligheden, jf. art. 2, stk. 2 (a). Det er forventningen, at denne bestemmelse vil have en positiv effekt på markedsudviklingen. Bestemmelsen er klart inspireret af lignende bestemmelser i USA, herunder Rule 144 A, hvorefter udbud til qualified institutional buyers – de såkaldte QIB's – er undtaget fra kravet om forudgående registrering hos Securities Exchange Commission (SEC). Disse bestemmelser har haft betydelig succes i USA med henblik på at tiltrække kapital. Ikke-amerikanske selskaber har anvendt bestemmelserne til helt at undgå registrering hos SEC, mens amerikanske selskaber primært har anvendt den mindre omfattende procedure, som følger af bestemmelserne, til at sikre et hurtigt udbud af kapital. Amerikanske selskaber har først foretaget et udbud efter Rule 144 A, for herefter at opnå registrering hos SEC og herved fået mulighed for at tiltrække en bredere kreds af investorer.²⁸

Med hensyn til afgrænsningen af kvalificerede investorer er det efter de generelle bemærkninger til direktivet, jf. 12, afgørende, at der er tale om investorer »der udviser faglige kvalifikationer eller specifikke kendetegn«.

Det er derfor naturligt, at definitionen af »kvalificerede investorer« i art. 2, stk. 1 (e) omfatter enhver virksomhed, som i hjemlandet har en tilladelse til at drive finansiell virksomhed, herunder pengeinstitutter, forsikringsselskaber og pensionskasser.

For fysiske personers vedkommende er der mulighed for at blive registreret som kvalificeret investor hos den kompetente myndighed, såfremt de opfylder en række kriteriet fastsat i art. 2, stk. 3.

For øvrige juridiske personers vedkommende er de at betragte som kvalificerede investorer, med mindre de er omfattet af definitionen af »små og mellemstore virksomheder«.²⁹ Denne absolutte bestemmelse synes på en og samme tid for bred og for snæver. Det er ikke nødvendigvis således, at alle ikke små og mellemstore virksomheder kan formodes at have erfaringer og kompetence til at agere på et professionelt finansielt marked. Samtidig udelukker bestemmelsen alle små og mellemstore virksomheder fra at opnå status som kvalificeret investor, herunder mindre venturekapitalselskaber eller andre selskaber, som efter deres vedtægter kan agere på det finansielle marked.

Der bør overvejes, om der ikke som for fysiske personers vedkommende, bør indføres et frivilligt registreringssystem for de selskaber, som ikke har en tilladelse til at drive finansiell virksomhed. At dette vil øge den administrative byrde for den

²⁸ Se nærmere, *George W. Fenn*, Speed of Issuance and Adequacy of Disclosure in the 144a High-Yield Debt Market, *Journal of Financial Economics* 2000 vol. 56, s. 383 ff.

²⁹ Med de kriterier, som i art. 2, stk. 1 (f) er afgørende for status som »små og mellemstore virksomheder«, vil et betydeligt antal danske selskaber være udelukket for at blive betragtet som kvalificerede investorer.

kompetente myndighed bør næppe være et afgørende argument mod en sådan ordning. Den kompetente myndighed skal efter art. 2, stk. 3 i forvejen føre et register over de fysiske personer, som har opnået status som kvalificeret investor.

Med hensyn til kvalificeringen af den enkelte investor som professionel og ikke-professionel og kriterierne herfor skal det i øvrigt bemærkes, at den også vil blive tillagt betydning i forbindelse med den kommende revision af investeringsservice-direktivet. Dette vil formentlig være tilfældet både i relation til reglerne om gennemsigtighed og indberetning og med hensyn til reglerne om best execution. Endelig vil kvalifikationen kunne tillægges betydning af national ret om erstatnings-ansvar.

3.3.2 Den kompetente myndighed og hjemlandsgodkendelse

I medfør af direktivets art. 21 skal hvert medlemsland udpege en central, kompetent, administrativ myndighed, som har ansvaret for at varetage de forpligtelser, der følger af direktivet, og sikre, at bestemmelserne vedtaget i medfør af direktivet anvendes.

For så vidt angår kompetencen til at behandle og godkende prospekter, jf. bestemmelserne i direktivets kapitel III, kan der udpeges en anden administrativ myndighed end den centrale kompetente myndighed.³⁰ Det er et ubetinget krav, at den eller de kompetente myndigheder er »fuldstændigt uafhængige af samtlige markedsdeltagere«, jf. art. 21, stk. 1(3). Med dette krav må det for Danmarks vedkommende være udelukket, at Fondsrådet med den nuværende repræsentation fra markedsdeltagerne kan være den kompetente myndighed og hermed fortsat godkende udbudsprospekter.

Selvom der fra Kommissionens side lægges afgørende vægt på den kompetente myndigheds uafhængighed med henblik på at undgå interessekonflikter, er det ikke udelukket, at visse dele af den kompetente myndigheds kompetence delegeres til ikke offentlige myndigheder, eksempelvis til fondsbørser eller andre private virksomheder. Det er dog en betingelse herfor, at det »sker efter en specifik fremgangsmåde med angivelse af de opgaver, der skal varetages, og betingelser for udførelsen af opgaverne«. Delegationen skal indeholde »en klausul, der forpligter den pågældende enhed til at være organiseret med henblik på at undgå interessekonflikter, uretmæssig brug af de oplysninger, der følger med udførelsen af de delegerede opgaver, og forebygge konkurrence. Under alle omstændigheder påhviler det endelige ansvar for kontrol af overholdelse af direktivets bestemmelser og vedtagne gennemførelsesforanstaltninger den eller de kompetente myndigheder«, jf. art. 21, stk. 2.

For dansk rets vedkommende vil det således ikke være udelukket fortsat at lade eksempelvis Københavns Fondsbørs godkende prospekter, hvilket som nævnt er forudsat ved den nye bestemmelse i værdipapirhandelslovens § 23, stk. 3. Men betingelserne herfor og organisationen heraf skal sikre, at der ikke opstår interessekonflikter eller konkurrenceforvridning.

³⁰ Er der tale om grænseoverskridende udbud eller noteringer, skal godkendelse dog altid gives af den centrale kompetente myndighed, jf. art. 21, stk. 1(4).

I medfør af art. 13, stk. 1 er det den kompetente myndighed i udstederens hjemland, der skal godkende prospekter, og hjemlandet er i følge art. 2, stk. 1 (m) ii) som udgangspunkt det land, hvor udstederen har sit vedtægtsmæssige hjemsted. Denne bestemmelse gælder, selvom selve udbudet skal ske i en anden medlemsstat end hjemlandet. Et sådant krav om pligt til at søge godkendelse i en bestemt medlemsstat – det selskabsretlige hjemsted – findes ikke i dag. Direktivets vedtagelse vil derfor medføre en begrænsning i udstedernes mulighed for frit at vælge, hvilken national kompetent myndighed, der skal foretage godkendelsen. Denne begrænsning i udstedernes mulighed for såkaldt forum shopping³¹ er ikke nærmere begrundet i direktivet, men har formentlig sammenhæng med ønsket om at begrænse mulighederne for, at udstederne lader prospekter godkende i lande med et særlig lavt informationsniveau for herefter at anvende det godkendte prospekt til udbud på markeder med højere krav.^{32 33}

3.3.3 Erstatningsansvar

Udover den sædvanlige bestemmelse i art. 25, om at medlemsstaterne er forpligtet til at indføre sanktioner, der er effektive, forholdsmæssige og har afskrækkende virkning med henblik på at sikre de direktivbestemte reglers overholdelse, indeholder direktivet en særlig bestemmelse om erstatningsansvar i forbindelse med udarbejdelse og offentliggørelse, jf. art. 6, stk. 2. I medfør heraf skal »[M]edlemsstaterne sikre, at deres love og administrative bestemmelser om civilretligt ansvar finder anvendelse på de personer, der er ansvarlige for oplysningerne i prospektet.«

Selvom finansielle rådgivere og formidlere i praksis har en yderst central rolle i forbindelse med udarbejdelse af prospekter, jf. eksempelvis Den Danske Banks rolle i Hafnia-sagen, er de ikke nødvendigvis omfattet af denne erstatningsbestemmelse, idet de prospektansvarlige personer efter art. 6, stk. 1 kun omfatter medlemmer af udstederens ledelsesorganer, udbyderen, den der søger om optagelse til notering på et reguleret marked og en eventuel garant.

Som art. 6, stk. 2 er formuleret, kan det næppe være i overensstemmelse med direktivet, at en medlemsstat blot anfører, at almindelige erstatningsretlige grundsatninger også gælder for de personer, som har ansvaret for et prospekts udformning

³¹ Begrænsningen gælder ikke for udbud af værdipapir med en værdi på mindst 50.000 EURO eller for udstedere hjemmehørende i tredjelande, se nærmere art. 2, stk. 1 (m) i) og iii).

³² Begrænsningen i muligheder for forum shopping gælder dog kun for fem år, hvilket følger af den enighed om direktivet, som er blevet opnået den 5. november 2002.

³³ For at sikre udstederne mod ineffektiv og langsommelig sagsbehandling i forbindelse med behandling af ansøgninger om godkendelse af prospekter opstiller direktivet en række korte tidsfrister for sagsbehandlingen, som udgangspunkt 15 arbejdsdage. Overholder den kompetente myndighed ikke de opstillede tidsmæssige krav, har udstederen mulighed for at søge godkendelse hos en kompetent myndighed i en anden medlemsstat, ligesom prospektet i forbindelse med visse overskridelser af tidsfristerne kan betragtes som godkendt. Se nærmere art. 13, stk. 2-6. Det sidste er det modsatte af, hvad der normalt er tilfældet, idet manglende godkendelse inden for de opstillede tidsmæssige rammer normalt betragtes som afslag på godkendelse.

og indhold. For dansk rets vedkommende må det derfor overvejes, hvorledes en erstatningsbestemmelse skal udformes.

3.3.4 Grænseoverskridende udbud og noteringer – det europæisk pas for udstedere

Et af de helt centrale formål med direktivet har været at forbedre mulighederne for at rejse kapital på tværs af de nationale grænser. Midlet hertil er i dag reglerne om gensidig anerkendelse, som findes i børsprospektdirektivets art. 24 a ff. og i udbudsprospektets art. 21. Med disse reglers indførelse i slutningen af 1980'erne forventede man en forøgelse af antallet af grænseoverskridende noteringer, men dette blev rent faktisk ikke tilfældet. Det kan skyldes, at reglerne om gensidig anerkendelse af prospekter fortsat indebærer en række retlige og administrative barrierer for notering på tværs af grænserne, herunder kravet om oversættelse af prospektet og tilføjelse af informationer, der såsom skattemæssige forhold er særlige for det pågældende marked. Som omtalt nærmere nedenfor kan andre forhold dog også have været afgørende for, at reglerne om gensidig anerkendelse af prospekter ikke medførte den tilsigtede forøgelse af grænseoverskridende noteringer.

Med det nye prospektdirektiv erstattes reglerne om gensidig anerkendelse med regler om et europæisk pas for udstedere, svarende til reglerne om europæisk pas for finansielle virksomheder efter 2. bankdirektiv og investeringsservicedirektivet. Efter art. 17 og 18 kan et prospekt og ethvert supplement hertil, som er godkendt i udstederens hjemland (eller andet land inden for EU, som måtte have godkendt prospektet), umiddelbart anvendes i forbindelse med offentligt udbud i en andet medlemsstat eller ved optagelse til notering på et reguleret marked, som er beliggende i et andet land. Der kan ikke kræves yderligere informationer udover en oversættelse af et resume af prospektet,³⁴ og – som tilfældet generelt er – tilføjelse af nye væsentlige oplysninger, som måtte være fremkommet efter prospektets godkendelse. Desuden gennemføres der en forenkling af notificeringsprocedure mellem de involverede kompetente myndigheder, når der er tale om grænseoverskridende noteringer.³⁵

Med de nye regler om et europæisk pas for udstedere af værdipapirer fjernes nogle af de administrative og retlige barrierer, som i dag kan begrænse grænseoverskridende noteringer, og omkostninger i forbindelse hermed mindskes. Dette må forventes at have en positiv effekt med henblik på at integrere de europæiske værdipapirmarkeder.

Men der kan være andre forhold, som begrænser interessen og mulighederne for at foretage udbud og noteringer af værdipapirer på tværs af grænserne. Selskaber, som er noteret på flere fondsbørser, skal overholde reglerne for oplysningsforpligtel-

³⁴ Det skal bemærkes, at en udsteder i forbindelse med grænseoverskridende noteringer og udbud kan vælge at udforme prospektet på et sprog, som accepteres af de kompetente myndigheder i begge medlemslande, »eller på et sprog, der sædvanligvis anvendes i de finansielle kredse«, jf. art. 19, stk. 2, det vil sige engelsk.

³⁵ Hertil kommer, at den kompetente myndighed i forbindelse med godkendelse af prospekter for grænseoverskridende udbud og noteringer altid er den centrale kompetente myndighed, jf. art. 21, stk. 1(4) og ovenfor under 3.3.3.

se på alle de involverede markeder, og disse regler er ikke nødvendigvis ens. Tilsvarende gælder reglerne om storaktionærernes oplysningsforpligtelse og takeovers, som ikke alene vedrører udstederne, men også investorerne.³⁶ Sådanne forskelligheder i reguleringen på de enkelte markeder kan virke hindrende for grænseoverskridende noteringer og udbud.

Hertil kommer, at andre end retlige forhold må anses for helt afgørende for, om der i fremtiden vil ske en forøgelse af grænseoverskridende udbud og noteringer inden for Den Europæiske Union. Finansielle overvejelser og en global forretnings- eller afsætningsstrategi spiller ofte en helt central rolle i forbindelse med beslutninger om at foretage et internationalt udbud af værdipapirer. Udbud af og handel med værdipapirer på et af de internationale markeder, som London eller New York sikrer publicitet omkring udstederen og medfører, at de internationalt orienterede analytikere inddrager udstederen i analyser mv. Hermed øges mulighederne for at tiltrække udenlandske investorer og kapital.³⁷

I Europa har det hidtil været således, at mange grænseoverskridende noteringer er sket på geografisk tæt knyttede markeder, hvor der tillige eksisterer et vist kulturelt fællesskab, eksempelvis dobbeltnotering på fondsbørserne i Wien og Frankfurt eller notering på mere end en af de skandinaviske fondsbørser i Norex-samarbejdet. Et eksempel herpå er SAS' samtidige notering på fondsbørsen i Stockholm, Oslo og København i 2001.

Endelig bør det i relation til grænseoverskridende noteringer fremhæves, at set ud fra et investorsynspunkt er det ikke nødvendigvis afgørende, hvor en udsteders værdipapirer er noteret, men at værdipapirerne er noteret, og at der er et likvidt marked for handel med de pågældende værdipapirer.³⁸

4. Afsluttende bemærkninger

Selvom Erhvervs- og økonomiministeren som reaktion på Hafnia-sagen har udtalt, at der ikke er behov for en ændring – stramning – af de danske regler om børsprospekter, har EU-Kommissionen med sit seneste forslag til prospektdirektiv klart

³⁶ Se nærmere herom, *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen*, Disclosure of major Shareholdings: A Comparative Analysis of Regulation in Europe, *International and Comparative Corporate Law Journal* 2002 vol. 4 s. 201, og *samme*, The Regulation of Takeover Bids in Europe: The Impact of the Proposed 13th EC Company Law Directive on the Present Regulation in the EU Member States, *International and Comparative Corporate Law Journal* 1999 vol. 1 s. 169.

³⁷ Se nærmere herom *Marco Pagano, Ailsa A. Röell & Josef Zecher*, The Geography of Equity Listing: Why do Companies list Abroad? www.dise.unisa.it med kommende offentliggørelse i *Journal of Finance*. I artiklen analyseres internationale noteringer i perioden 1986 til 1997 på de europæiske fondsbørser i Amsterdam, Brussel, Frankfurt, London, Madrid, Milano, Paris og Stockholm, samt på American Stock Exchange (AMEX), New York Stock Exchange (NYSE) og NASDAQ og EASDAQ.

³⁸ Jf. *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen*, Competition and Co-operation between Stock Exchanges in Europe – Legal Aspects and Challenges, *European Business Organisation Law Review* 2000 s. 341 med behandling af grænseoverskridende noteringer s. 391 ff.

signaleret et ønske om at opnå en maksimal harmonisering på dette område med anvendelse af en international standard. Dette sker med henvisning til behovet for at øge investorbeskyttelsen og ønsket om at gøre det europæiske finansielle marked internationalt attraktivt og konkurrencedygtigt, ikke mindst i forhold til det amerikanske marked.

Værdipapirhandelslovens og børsprospektbekendtgørelsens regler lever ikke op til direktivets krav. Det nærmere omfang og niveau for ændringerne i de danske prospektregler vil bero på resultatet af den nye reguleringsmodel inden for den finansielle lovgivning i Unionen – komitologi – hvorefter Kommissionen fastsætter de detaljerede regler til udfyldning af direktivets mere generelle og fundamentale krav.

Puzzling over the Directors' and Officers' Duty of Loyalty: Some Implications and Developments

by

James D. Cox¹

Mapping the scope of the directors' or officers' fiduciary obligations in the United States is not easy. The nature of the challenge is concisely stated in the now classic observation by Supreme Court Justice Felix Frankfurter in *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp.*: »[T]o say that a man is a fiduciary only begins the analysis; it gives direction to further inquiry. To whom is he a fiduciary? What obligations does he owe as a fiduciary? In what respect has he failed to discharge these obligations?«² In the early formative years of corporate law, it was assumed that the rules governing directors and officers should conform to the strict rules governing trustees and agents. Hence, courts frequently referred to directors as both trustees and agents with the effect of holding directors to the same strict rules of disqualification to contract with their principal the corporation.³ However, the functions performed, and hence the obligations implicit to fulfill the fiduciary's undertakings, are not the same for trustees, guardians, executors, administrators, agents, partners, promoters, directors and officers.⁴ The differences in the expressed tasks, and the undertakings implicit for their accomplishment, necessarily weaken the analogy between, on the one hand, trustees and, on the other hand, corporate

¹ This article is adapted from James D. Cox & Thomas Lee Hazen, 1 Cox and Hazen on Corporations ch. 10 (Aspen Law and Bus. 2003).

² 318 U.S. 80, 85-86 (1942).

³ See e.g., *North Confidence Mining & Dev. Co. v. Fitch*, 208 P. 328 (Cal. Ct. App. 1922); *Stack v. Welder*, 31 P.2d 436 (Cal. Ct. App. 1934); *Gates v. Plainfield Trust Co.*, 191 A.304, 318 (N.J. Ch. 1937), *aff'd*, 194 A. 65 (N.J. 1937). As to agents, see Restatement (Second) Agency §§ 389-393 (1958). One can even find in the Supreme Court's rhetoric the analogy to the law of trusts when setting forth the obligations of corporate directors. See e.g., *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 311 (1939) (»He who is in such a fiduciary position cannot serve himself first and his cestuis second.... He cannot use his power for his personal advantage and to the detriment of the stockholders and creditors no matter how absolute in terms that power may be and how meticulous he is to satisfy technical requirements.).

⁴ See *Austin Wakeman Scott*, *The Trustee's Duty of Loyalty*, 49 Harv. L. Rev. 521 (1936). But see, *Bovay v. H.M. Byllesby & Co.*, 38 2d 808 (Del. 1944).

directors or officers.⁵ Nevertheless, an aspect of the relationship of directors and officers to the corporation is a fiduciary relationship, and the corporation's owners are the beneficiaries of the duties owed by the officers and directors.⁶ The rhetoric of the director or officers as a trustee, therefore, continues to appear in today's decisions, although the guidance that courts invoke to determine the content of the officer's or director's fiduciary obligation is gleaned not by reference to the law of trusts but the extensive body of corporate fiduciary case law.⁷

Directors and officers must also comply with their duty of loyalty⁸ and their duty of care if they are to enjoy the protective benefits of the business judgment rule. The divide between the duty of care and loyalty is not a sharp one, and the courts frequently blur the distinction between these twin obligations.⁹ There are many dimensions to the duty of care. In broad overview, the duty of care is about process by which officers and directors are to reach decisions and, more generally, fulfill

⁵ For early recognition of the problems of extrapolating from the law of trusts obligations for directors and officers, see *York v. Guaranty Trust Co.*, 143 F.2d 503, 514 (2d Cir. 1944), *rev'd on other grounds*, 326 U.S. 99 (1945); *Wyman v. Bowman*, 127 F. 257, 273 (8th Cir. 1904); *Seinbjorn Johnson*, Corporate Directors as Trustees in Illinois, 23 Ill. L. Rev. 654 (1929); *Rudolf E. Uhlman*, The Legal Status of Corporate Directors, 19 B.U.L. Rev. 12 (1939); Note, 39 Colum. L. Rev. 219, 237 (1939).

⁶ Thus, when the shareholder's relationship with the company ends, so does the fiduciary obligation attendant that relationship. In *Stephenson v. Drever*, 57 Cal. Rptr. 2d 662, 665 (Cal. Ct. App. 1996), the court held that the directors' fiduciary obligation to an employee-minority shareholder ended upon the occurrence of the event triggering the mandatory purchase of that stockholder's shares by the corporation. In many disputes involving allegations of mistreatment of an employee-minority shareholder, courts sometimes circumvent the more troubling fiduciary duty question by instead characterizing the dispute as involving what is appropriate treatment of the complainant as an employee rather than as a shareholder. See *Riblet Products Corp. v. Nagy*, 683 A.2d 37 (Del. 1996).

⁷ On the general topic of determining the roots for corporate fiduciary obligations, see e.g., *Victor Brudey*, Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law, 38 B.C. L. Rev. 595 (1997); *Park McGinty*, The Twilight of Fiduciary Duties: On the Need for Shareholder Self-Help in an Age of Formalistic Proceduralism, 46 Emory L. J. 163 (1997). For an early consideration of the same topic, see *E. Merrick Dodd, Jr.*, Is Effective Enforcement of Fiduciary Duties of Corporate Managers Practicable?, 2 U. Chi. L. Rev. 194 (1935).

⁸ The duty of loyalty is equated to the "good faith" requirement that appears in statutes and in court opinions dealing with the obligations of directors and officers. See e.g., *Gaylord Container Shareholders Litigation*, 753 A.2d 462, 475-76 n. 41 (Del. Ch. 2000).

⁹ See *Mills Acquisition Co. v. MacMillan, Inc.*, 559 A.2d 1261, 1284 n.32 (Del. 1988) (disinterested directors who abandon their oversight responsibilities in context of takeover breach their duties of care and loyalty); *Lawrence A. Cunningham & Charles M. Yablon*, Delaware Fiduciary Duty Law After *QVC* and *Technicolor*: A Unified Standard (and the End of *Revlon* Duties?, 49 Bus. Law. 1594, 1625 (1994).

their monitoring obligations. Hence their duty includes obligations to be attentive,¹⁰ make reasonable inquiry,¹¹ and have a rational basis for decision making.¹² In contrast, loyalty is not about the decision making process or, for that matter, monitoring. The duty of loyalty is about the director's or officer's motives, purposes, and the goals that are necessary if his action is to enjoy the protective benefits of the business judgment rule.

The duty of loyalty most certainly includes officer or director self-dealing contracts and transactions which more generally are referred to as conflict of interest transactions. But an officer or director can be disloyal to her corporation in many more ways than merely transacting business with the corporation. There are many situations that raise concern for the director's or officer's loyalty. A prime example of such a situation is the directors' defense of control where the courts uniformly remove the actions of the board of directors from the protective presumption of the business judgment rule for fear that the directors may be acting to protect their personal self interest and not serving the interests of the corporation or its stockholders.¹³ An even more blatant form of loyalty breach arises when the officer or director has usurped a corporate opportunity.¹⁴ Interestingly, in special instances, loyalty violations can even arise when the directors or officers are acting in their good faith belief they are advancing the corporation's interest.¹⁵ Thus, most certainly the duty of loyalty includes more than either self-dealing or usurping corporate opportunities.

An important question regarding the scope of the duty of loyalty is whether it requires more than the absence self interest, personal gain, and the like on the part of a director or officer. Or, does the duty of loyalty move beyond such minimalist considerations to require the fiduciary to act positively to advance the corporation's interests? That is, does the duty of loyalty have both negative and positive

¹⁰ See e.g., *Hoye v. Meek*, 795 F.2d 893 (10th Cir. 1986); *Barnes v. Andrews*, 298 F.2d 614 (2d Cir. 1924); *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A.2d 814 (N.J. 1981). See generally *James D. Cox & Nis Jul Clausen*, *The Monitoring Duties of Directors Under the EC Directives: A View from the United States Experience*, 2 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 29 (1992).

¹¹ See e.g., *Hanson Trust PLC v. SCM Corp.*, 781 F.2d 275 (2d Cir. 1986); *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

¹² See e.g., *Meyers v. Moody* 693 F.2d 1196 (5th Cir. 1982); *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000); *Kamin v. American Express Co.*, 383 N.Y.S.2d 807 (Sup.Ct.), *aff'd*, 387 N.Y.S.2d 211 (App.Div. 1976).

¹³ See e.g., *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

¹⁴ See e.g., *Broz v. Cellular Information Systems, Inc.*, 673 A.2d 148 (Del. 1996); *Rapistan Corp. v. Michaels*, 511 N.W.2d 918 (Mich. Ct. App. 1994).

¹⁵ See *Blasius Indus. v. Atlas Corp.*, 564 A.2d 651, 663 (Del. Ch. 1988) (even though acting in the good faith belief they are serving the corporation's interest, management must demonstrate a compelling justification for action taken for purpose of thwarting the on-going efforts of a stockholder to exercise its rights of corporate suffrage).

descriptions for how officers and directors are to behave?¹⁶ For example, the American Law Institute's Corporate Governance Project sweeps the duty of loyalty into its obligation for »fair dealing« which prescribes a course of behavior when an officer, director or controlling stockholder is financially interested in a matter.¹⁷ Pronouncements of the Delaware Supreme Court can be seen as embodying a more expansive view of the duty of loyalty. For example, in a leading case on the disclosure obligations of officers and directors, the court analogized the duty to a »compass« that is to serve as constant guide for the fiduciary when acting for the corporation.¹⁸ And, in a leading corporate opportunity case, *Guth v. Loft, Inc.*,¹⁹ the court observed that the directors have a duty to »affirmatively to protect the interests of the corporation committed to his charge.«²⁰ To so view the duty of loyalty places the obligations of directors and officers on a footing equal to that of contemporary standards for fiduciaries generally where the obligation is not simply to subordinate self interested behavior, but also to »act exclusively for the benefit of the other party.«²¹ So viewed, the duty of loyalty is not merely regulatory, but has a strong moral element.

Those who prefer to view the corporation as a web of contract have little regard for the duty of loyalty being morally based. Instead, adherents of such a contractual view of the corporation argue that the source of officer and director obligations is what the parties would have agreed to *ex ante*.²² Even with such a simplified view of the corporate enterprise, it is not clear that owners and their officers and directors would not have embodied in their contract a broad duty of loyalty. Indeed, the

¹⁶ See *Lyman Johnson*, *Enron: Loyalty Discourse in Corporate Law*, 28 J. Corp. L. (forthcoming 2002).

¹⁷ A.L.I., 1 *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* ch. V (1992); See generally *Melvin A. Eisenberg*, *Corporate Law and Social Norms*, 99 Colum. L. Rev. 1253, 1265 & 1273 (1999).

¹⁸ See *Malone v. Brincat*, 722 A.2d 5, 10 (Del. 1998).

¹⁹ 5 A.2d 503 (Del. 1939).

²⁰ *Id.* at 510. The court, in recognizing this broad responsibility then proceeded to find that this carried with it the additional obligations »to refrain from doing anything that would work injury to the corporation, or to deprive it of profit or advantage which his skill and ability might properly bring to it.« *Id.* See also Model Bus. Corp. Act. Ann. § 8.60 commentary (in determining whether a transaction is fair to the corporation, the court should be persuaded the transaction *further*s the corporation's interest) and A.L.I. *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* 219 (1992) (for director of conflict of interest transactions the decision maker must be satisfied the transaction is »affirmatively will be in the corporation's best interests«).

²¹ See *Gregory S. Alexander*, *A Cognitive Theory of Fiduciary Relationships*, 85 Cornell L. Rev. 767, 776 (2000).

²² See e.g., *Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel*, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 J. L. & Econ. 425 (1993).

information asymmetries that abound when passive owners commit funds to the stewardship of others should minimally give rise to a strong presumption that the stewards were to always act exclusively to benefit the firm and its owners. The difference in the result is that the meaning of the duty of loyalty pursuant to the contractual view is driven exclusively by self interest of the economic actors, whereas for non-contractarians the content is moral in nature having its roots social values of our culture.²³ What may be at risk in making a choice between these two views is that a view anchored so firmly in the methodology of economics, as is the case with the contractual view, may well blind or divert the inquiry from a richer perspective that gives regard to a wider range of social inputs.

An example of a breach of the director's duty of loyalty when the director, even though financially disinterested, arises when he knowingly fails to warn his fellow directors of material facts relevant to a transaction before the board.²⁴ Similarly, when two of the company's four directors receive significant salaries as employees of the majority shareholder, the court held the two directors breached their fiduciary

²³ Consider here the insight of former Chancellor William Allen: »[C]orporation law exists, not as an isolated body of rules and principles, but rather in a historical setting and as part of a larger body of law premised upon shared values.« *City Capital Associates Limited Partnership v. Interco, Inc.*, 551 A.2d 787, 800 (Del. Ch. 1988).

²⁴ See e.g., *Berkman v. Rust Craft Greeting Cards, Inc.*, 454 F. Supp. 787 (S.D.N.Y. 1978) (Some of the directors failed to disclose to their fellow directors their knowledge that the investment banker whose fairness opinion the board would rely upon had a material financial interest in the outcome of the transaction). In an early decision, *Globe Woolen Company v. Utica Gas & Electric Company*, 121 N.E. 378 (N.Y. 1918), Judge Cardozo examined the director's duty of loyalty in terms of failing to bring to the board's attention the one-side nature of a contract with a company in which the director was deeply involved. Rather than emphasizing the pure conflict of interest nature of the transaction, Judge Cardozo focused on the broader obligation to protect the interest of the corporation from a potentially harmful contract. In *Globe Woolen Company* the plaintiff corporation sued to compel specific performance of contracts to supply electric current to its mills. The defendant corporation answered that the contracts were made under the dominating influence of a common director and were unfair and oppressive. Maynard, the plaintiff's chief stockholder, resident, and member of its board of directors, was also a director of the defendant and chairman of its executive committee, holding a single share to qualify him for office. Maynard presided at the defendant's executive committee at which the contract was ratified, but he did not vote. It was held that the contract was voidable at the defendant's election. Judge Cardozo said: The trustee is free to stand aloof, while others act, if all is equitable and fair. He cannot rid himself of the duty to warn and to denounce, if there is improvidence or oppression, either apparent on the surface or lurking beneath the surface, but visible to his practiced eye. There slumbered within these contracts a potency of profit which the plaintiff neither ignored in their making nor forgot in their enforcement... [T]he refusal to vote does not nullify as of course an influence and predominance exerted without a vote. *Id.* at 380. It thus becomes a question of fact whether a fiduciary's (director's or officer's) dominance has been exerted and, further, whether the contract is fair to the complaining corporation. See e.g., *Borden v. Siskey*, 530 F.2d 478, 495 (3d Cir. 1976); *Puma v. Marriott*, 283 A. 2d 693 (Del. Ch. 1971); *Alliegro v. Pan Am. Bank*, 136 So. 2d 656 (Fla. Dist. Ct. App. 1962); *Case v. New York Cent. R.R.*, 204 N.E.2d 643 (N.Y. 1965). See generally Note, *Corporate Fiduciary Doctrine in the Context of Parent-Subsidiary Relations*, 74 Yale L. J. 338 (1965).

duty by being indifferent to their duty of loyalty by supporting the repurchase of the majority shareholder's stock with the effect of boosting the president's ownership interest from 6.9 percent to 55 percent.²⁵ And, a director who permits the company's CEO to purchase 30 percent of the company's shares at a substantial discount from their market price breaches his fiduciary duty by not causing the corporation to pursue the opportunity for itself.²⁶ The more common cases in which courts find that an officer or director has acted in »bad faith«, however, involve instances of the officer or director garnering a »secret profit« in connection with performing his corporate responsibilities. The notion of a secret profit does not imply that the fiduciary's gain is not disclosed to anyone. Thus, the senior vice president breached his fiduciary duty by negotiating a »finder's fee« to be received from the firm acquiring his employer.²⁷ Though he had disclosed the arrangement with several other company officers, he failed to obtain formal approval of the arrangement as called for by the company's ethics code.

Outside directors, especially those who serve on multiple boards, can face conflicting tugs on their loyalties. Indeed, conflicts can arise without multiple board service. Thus, the inventor's attorney served on the board of a start-up company that held a license to the inventor's novel system for processing sugar cane. When the start-up company became insolvent, the attorney advised the inventor to exercise its rights under the licensing arrangement to terminate the license to the start-up company. The court held the attorney had met his fiduciary responsibilities by disclosing his relationship to the inventor when he agreed to become a director of the start-up company.²⁸ The court's emphasis on disclosure and consent is consistent with the specific statutory treatment of transactions between the corporation and the officer or director where the statutory demand that directors and officers act in »good faith« are interpreted within the context of the state's conflict of interest statute.²⁹

A panoply of remedies are available for a breach of the officer's or director's duty of loyalty. First, it must be observed that the contract or transaction giving rise to the breach is itself voidable; hence, even a third party (i.e., someone with no ownership interest in the officer's or director's corporation) can raise the officer's or director's breach as a defense in a suit by the fiduciary to enforce the contract that is an integral part of the director's or officer's breaching conduct.³⁰ Moreover, the breaching officer

²⁵ See *Strassburger v. Earley*, 752 A.2d 557, 581 (Del.Ch. 2000).

²⁶ *Kohls v. Duthie*, 2000 WL 1041219 (Del. Ch. 2000), *rev. ref'd*, 765 A.2d 950 (Del. 2000).

²⁷ *Geller v. Allied-Lyons PLC*, 674 N.E.2d 1334 (Mass. App. Ct. 1997).

²⁸ See *Astarte, Inc. v. Pacific Indus. Sys., Inc.*, 865 F. Supp. 693 (D. Colo. 1994).

²⁹ See e.g., *Camden v. Kaufman*, 613 N.W.2d 335 (Mich. Ct. App. 2000).

³⁰ See e.g., *General Dynamics v. Torres*, 915 S.W. 2d 45 (Tex. App. 1995); *Geller v. Allied-Lyons PLC*, 674 N.E.2d 335 (Mass. App. Ct. 1997); *Cascades West Assoc. Ltd. P'ship v. PRC, Inc.*, No. 128818, 1995 WL 1055858 (Va. Cir. Ct. May 11, 1995).

forfeits all right to compensation during the period of his misbehavior.³¹ The breach can be the basis as well for accounting by the fiduciary with a constructive trust being imposed on any funds or other assets wrongfully acquired.³²

A rapidly developing area of fiduciary responsibility is the disclosure duty owed shareholders by directors, officers, and controlling shareholders.³³ Though there has long been a developed body of state law pertaining to directors' and officers' disclosure obligations when trading in their company's shares on the basis of material non-public confidential corporate information,³⁴ only recently has there been the recognition of broader disclosure obligations for company fiduciaries. In the seminal case, *Lynch v. Vickers Energy Corp.*,³⁵ the Delaware Supreme Court held that directors owe shareholders a duty of »complete candor«, so that the objective was »completeness and not adequacy.«³⁶ From this broad language, Delaware courts have imposed a duty of full disclosure on directors³⁷ and controlling shareholders.³⁸ The duty is most readily applied when shareholder approval has been sought through proxy materials that omit or misstate material facts.³⁹ However, the emerging

³¹ See *Zakibe v. Ahrens & McCarron, Inc.*, 28 S.W. 3d 373 (Mo. Ct. App. 2000).

³² See *Levin v. Levin*, 405 A.2d 770 (Md. Ct. App. 1979) *Talbot v. James*, 190 S.E.2d 759 (S.C. 1972).

³³ See generally Lawrence A. Hamermesh, *Calling Off the Lynch Mob: The Corporate Director's Fiduciary Disclosure Duty*, 49 Vand. L. Rev. 1087 (1996); Nicole M. Kim, *Malone v. Brinkat: The Fiduciary Disclosure Duty of Corporate Directors Under Delaware Law*, 74 Wash. L. Rev. 1151 (1999). A claim for breach of the fiduciary duty of disclosure implicates only the duty of care when the violation occurs as a result of a good faith, but nevertheless erroneous, judgment about the proper scope or content of the required disclosure. However, if a disclosure violation is made in bad faith or is knowing or intentional, it implicates the duty of loyalty. *O'Reilly v. Transworld Healthcare, Inc.*, 745 A.2d 902, 914-915 (Del. Ch. 1999).

³⁴ See e.g., *Brophy v. Cities Service Co.*, 70 A.2d 5 (Del. 1949); *Diamond v. Oreamuno*, 248 N.E.2d 919 (N.Y. 1969). See generally *Douglas M. Branson*, *Choosing the Appropriate Default Rule – Insider Trading Under State Law*, 45 Ala. L. Rev. 753 (1994).

³⁵ 383 A.2d 278 (Del. 1977).

³⁶ *Id.* at 281.

³⁷ See, e.g., *Arnold v. Society for Savings Bancorp.*, 650 A.2d 1270 (Del. 1994).

³⁸ See, e.g., *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701, 711-12 (Del. 1983).

³⁹ *Lacos Land Co. v. Arden Group, Inc.*, 517 A.2d 271 (Del. Ch. 1986). Cf. *Skeen v. Jo-Ann Stores, Inc.*, 750 A.2d 1170, 1174 (Del. 2000) (omitted facts are not material simply because they might be helpful; court rejected claims of minority stockholders who were cashed out in merger that information statement did not contain enough financial information for them to decide whether to accept merger consideration or seek appraisal); *Jackson Nat'l Life Ins. Co. v. Kennedy*, 741 A.2d 377, 388 (Del. Ch. 1999) (since neither corporation statute nor certificate of incorporation provided preferred stockholder with right to vote on corporation's sale of assets, president had no fiduciary obligation to disclose transaction to preferred stockholder).

disclosure doctrine has now been recognized for misleading information in SEC filings in connection with a firm's takeover,⁴⁰ in the notice of a stockholders' meeting for a close corporation where no proxy was solicited,⁴¹ and for misrepresentations that were not in connection with any transaction that would call for shareholder action.⁴² Directors who breach the duty are liable for damages that the shareholders suffer as a consequence of their breach, even though they did not benefit personally because of their omission or misstatement.⁴³ By far the most significant expansion of *Lynch* was made in *Malone v. Brinkat*,⁴⁴ which held that directors and officers breached their duty of candor by knowingly releasing false financial information regarding the company's performance and financial position. The significance of *Malone* is that the court expressly held that *Lynch's* duty of candor applied even when shareholders were not being asked to vote or otherwise approve a matter.

A further expansion of the disclosure obligations under state law occurred in *Rossdeutscher v. Viacom, Inc.*⁴⁵ The plaintiff's successfully plead a breach of the Viacom directors' disclosure obligations by charging they had released false financial data for the purpose of inflating the Viacom's price to the disadvantage of its merger partner, Paramount. Of significance in *Rossdeutscher* was that the plaintiff's were not stockholders in Viacom, but of the merger partner so that disclosure violation could not be based upon a pre-existing fiduciary relationship. The court instead the duty imposed upon the Viacom directors was premised on an implied contract of good faith and fair dealing.

⁴⁰ *Weinberger v. Rio Grande Ind., Inc.*, 519 A.2d 116 (Del. Ch. 1986).

⁴¹ *Stroud v. Grace*, 606 A.2d 75 (Del. 1992).

⁴² *Malone v. Brinkat*, 722 A.2d 5 (Del. 1999). Claims based on disclosure violations arising out of communications that do not contemplate stockholder action must be supported by a well-pleaded complaint with allegations sufficient to warrant the remedy sought, regardless of whether the requested remedies are for nominal damages, compensatory damages or some other type of relief. *O'Reilly v. Transworld Healthcare, Inc.*, 745 A.2d 902, 919-920 (Del. Ch. 1999).

⁴³ *Zirn v. VLI Corp.*, 621 A.2d 773 (Del. 1993). The *Zirn* court concluded that the directors were not protected by the exculpatory provision in the company's charter, reasoning that any breach of the directors' disclosure duty was a breach of their duty of loyalty, which is beyond the type of conduct Delaware law permits to be included in such an exculpatory provision. *Id.* at 783. In *Arnold v. Society for Savings Bancorp.*, 650 A.2d 1270, 1277 (Del. 1994), the court, providing a close reading of the Delaware statute that authorizes such exculpatory provisions, held that disclosure breaches were covered by the exculpatory provision in the company's articles of incorporation. *See also O'Reilly v. Transworld Healthcare, Inc.*, 745 A.2d 902, 914 (Del. Ch. 1999) (when certificate of incorporation contains exculpatory provision, claims against directors can be dismissed only if complaint fails to plead sufficiently that directors' conduct falls into at least one statutory exception under which directors are not protected).

⁴⁴ 722 A.2d 5 (Del. 1999).

⁴⁵ 768 A.2d 8 (Del. 2001).

Lynch and its progeny are not without limits. One possible restriction may arise where the unlawful conduct is a matter that historically was regulated by federal securities laws, and not state fiduciary law. Thus, complaints alleging manipulation of securities prices via short selling were dismissed on the ground market manipulation is beyond the purview of state fiduciary law.⁴⁶ And, recently the Delaware Chancery Court narrowly construed *Malone* to apply only to shareholders whose injury was not accompanied by a purchase or sale. Thus, the court dismissed an action where the class members exchanged their old shares for new shares in a transaction allegedly tainted by fraudulent representations.⁴⁷ And, absent an allegation the officers or directors *knowingly* engaged in a material misrepresentation, *Malone* does not control.⁴⁸

One further limiting factor is whether reliance will, in facts similar to *Malone*, be presumed. The vitality of a disclosure claim in an open market situation, such as occurred in *Malone*, depends on the ability to pursue the suit as a class action. In the federal securities law context, class action suits are facilitated by relieving the class members from having to establish their reliance upon the misrepresentation. Under the fraud on the market doctrine as embraced in *Basic Inc. v. Levinson*,⁴⁹ reliance is satisfied by an allegation that the plaintiff relied upon the integrity of the market and the false information was released into an efficient market. Thus, common questions of law and fact are permitted to predominate so that the class action can be certified. This could not be the case if each investor were required to establish his or her reliance upon the allegedly false misrepresentation. *Basic Inc.* involved the federal securities laws and has not been followed by the states as several state courts have rejected the fraud on the market approach.⁵⁰ Thus, for example, a divided the New Jersey Supreme Court rejected incorporating *Basic Inc.* into the state's jurisprudence as being a substantial departure from the common law requirements for an action in deceit.⁵¹

Though these fiduciary-based disclosure obligations are growing rapidly in Delaware, there is little litigation on this subject in other states. In 1998, Congress enacted the Securities Litigation Uniform Standards Act to preempt the state court's

⁴⁶ See *RGC International Investors, LDC v. Greka Energy Corp.*, 2000 WL 984689 (Del. Ch. 2001).

⁴⁷ See *Derdiger v. Tallman*, 773 A.2d 1005 (Del. Ch. 2000) (the case also involved an on-going class action in the federal courts by another set of plaintiffs).

⁴⁸ See *In re Triarc Companies, Inc.*, 791 A.2d 872 (Del. Ch. 2001).

⁴⁹ 485 U.S. 224 (1988).

⁵⁰ See e.g., *Mirkin v. Wasswereman*, 858 P.2d 568 (Cal. 1993); *Kahler v. E.F. Hutton Co.*, 908 P.2d 1095 (Colo. 1995); *Constantine v. Miller Ind., Inc.*, 2000 WL 336663 (Tenn. Ct. App. 2000); *Gohler v. Wood*, 919 P.2d 561 (Utah 1996). *Contra* *Allyn v. Wortman*, 725 So.2d 94 (Miss. 1998) (dicta).

⁵¹ See *Kaufman v. I-stat Corp.*, 754 A.2d 1188 (N.J. 2000).

jurisdiction over securities class actions.⁵² However, among the exceptions it provided was the so-called Delaware carve-out that preserves state court jurisdiction to hear claims of disclosure violations premised upon state law fiduciary obligations.⁵³ Thus, the rapidly expanding disclosure obligations founded on state law fiduciary principles will not likely be slowed by the recent federal legislation.

⁵² The provisions are in Securities Exchange Act Section 28(f), 15 U.S.C. § 78bb(f) (2000). SLUSA applies to suits seeking damages on behalf of more than 50 persons and applies only to »covered securities,« meaning securities traded on the New York Stock Exchange, American Stock Exchange and Nasdaq, as well as certain other exchanges designated by the SEC, issued by a company subject to the periodic reporting requirements of the Exchange Act, as well as securities offered pursuant to certain exemptions from the registration requirements of the Securities Act. See section 18(b) of the Securities Act, 15 U.S.C. § 77r(b) (2000)(defining covered securities). States may also choose to dismiss the action on the traditional considerations of forum non conveniens. See *Friedman v. Alcatel Alsthom*, 752 A.2d 544 (Del. Ch. 1999).

⁵³ See e.g., *Gibson v. P.S. Group Holdings, Inc.*, 2000 WL 777818 (S.D. Cal. 2000) (holding removal to federal court under SLUSA conflicted with the Delaware carve out provision) *Gordon v. Buntrock*, 2000 WL 556763 (N.D. Ill. 2000) (same); *Pauline Lalodriz v. USA Networks, Inc.*, 68 F. Supp.2d 285 (S.D.N.Y. 1999) (approving *Malone* and holding SLUSA did not bar the action).

»Ingen straf uden lov«
– gælder princippet også i Danmark?

af

Birgit Feldtmann

Der findes muligvis nogle læsere, som vil mene, at en artikel med denne titel er dømt til at blive ret kort. Selvfølgelig gælder princippet »ingen straf uden lov« i Danmark: Princippet er lovfæstet i straffelovens § 1, såvel som i art. 7, stk. 1, EMRK, og betyder, at der i Danmark kun må pålægges straf, hvis der er hjemmel herfor i en lov.

Kravet om lovhjemmel gælder både med hensyn til de handlinger og undladelser, hvis overtrædelse kan straffes, og med hensyn til strafferetlige sanktioner.¹ Kravet synes i Danmark at blive opfyldt gennem reglerne i straffeloven og i retsplejeloven, som bestemmer, hvad der er strafbart, hvilke strafferetlige sanktioner der anvendes, hvordan proceduren for straffastsættelsen er, og hvilke former for forkortet sagsbehandling og sanktionering der kan anvendes. Kan man så forvente, at spørgsmålet kan besvares bekræftende uden stort besvær? Kan læseren læne sig tilbage og gå videre til den næste artikel i vores samling?

Muligvis – men måske er det værd at vente lidt med den næste artikel. Artiklens påstand er, at det i hvert fald er værd at se lidt nærmere på spørgsmålet. Ved en nærmere betragtning af det danske strafferetssystem kan man nemlig med god grund komme i tvivl om, hvorvidt princippet virkelig altid gælder i Danmark.

Et nyt syn på det danske strafferetssystem

Menneskernes – og ikke mindst juristernes – måde at opfatte verden på, kan illustreres ved et lille gruk fra Piet Hein:

Det eneste rigtige

Når klokken er 11 i Danmark,
er den 5 i U.S.A.,
10 i London, og 18 i Kina,
og 13 omkring Moskva.

Hvor er vi danske et udvalgt folk,
at vi netop er født i selve
det lille velsignede land,
hvor klokken er 11, når den er 11.

¹ Se nærmere nedenunder.

Det, som vi er vant til, opfatter vi som det rigtige, mens vi anser det fremmede som en mere eller mindre mærkelig undtagelse. Dette syn findes også i retsvidenskaben: Lov og ret og den videnskabelige behandling af begge er først og fremmest nationalt orienteret. Der findes ikke en universel opfattelse af, hvad ret er, og behandlingen af retlige spørgsmål foregår traditionelt inden for det eksisterende nationale system.

Et nyt syn på ens eget system kan derfor gavne forståelsen. Det kan bidrage med nye synsvinkler på bekendte problemstillinger, og det kan henlede opmærksomheden på nogle aspekter, som normalt ikke er i fokus, fordi de bliver taget for givet.² For at fremme forståelsen for, hvorfor man kan komme i tvivl om, hvorvidt princippet »ingen lov uden straf« virkelig altid gælder i Danmark, er det derfor nødvendigt at forlade sin sædvanlige måde at tænke på og i stedet prøve at se på det danske system med nye øjne.

Ud fra denne overvejelse er udgangspunktet for artiklens analyse ikke det sædvanlige danske perspektiv, men et udefrakommende. Konkret inviteres læseren til at betragte det danske strafferetssystem med tyske øjne: Hvordan virker det danske system ud fra en tysk synsvinkel? Hvorfor kan man komme i tvivl om, hvorvidt princippet »ingen straf uden lov« uindskrænket gælder, når man fra Tyskland kigger på det danske system?

Et tysk perspektiv på princippet »ingen lov uden straf«

Et første skridt i undersøgelsen er spørgsmålet, hvordan forstås det strafferetlige princip »ingen straf uden lov« i Tyskland? En udefrakommende betragtning af et retssystem forudsætter, at man konkretiserer de centrale begreber eller koncepter, som bliver brugt under analysen, ellers er der fare for misforståelser eller fejlfortolkninger.

Princippet »ingen straf uden lov« (*»keine Strafe ohne Gesetz«*) er i Tyskland, lige som i Danmark, normeret i straffeloven (§ 1 *Strafgesetzbuch (StGB)*)³. Princippet findes med samme ordlyd som i *Strafgesetzbuch* også i den tyske forfatning, art. 103, stk. 2 *Grundgesetz (GG)*. Derudover har Tyskland tilsluttet sig nogle folkeretlige konventioner, for eksempel den Europæiske Menneskerettighedskonvention, som indeholder tilsvarende eller lignende principper.⁴ Den dobbelte normering i national tysk lovgivning viser den betydning, som »ingen straf uden lov«-princippet har efter tysk opfattelse. Princippet har ikke kun almindelig lovvirkning, men er et konstitutionelt princip, hvilket betyder, at det ikke kan indskrænkes ved almindelig lovgivning, og at en krænkelse kan blive forelagt den tyske forfatningsdomstol *Bundesverfassungsgericht*.⁵

² Se *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, s. 16 ff.

³ § 1 *StGB*: »Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde«.

⁴ *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil, s. 133.

⁵ *Schönke/Schröder-Eser*, Strafgesetzbuch; Kommentar, § 1 Rdnr.2.

Princippet indeholder efter tysk forståelse to elementer: For det første indeholder princippet et krav om lovhjemmel med hensyn til de handlinger/undladelser, hvis overtrædelse kan straffes. Dette omtales i litteraturen som »nullum crimen sine lege«-princip. For det andet omfatter princippet et krav om, at også de strafferetlige sanktioner er lovbestemt, hvilket betegnes som »nulla poena sine lege«-princippet.⁶ Princippet »ingen straf uden lov« bliver derudover også set i tæt sammenhæng med bestemmelsen i § 2 StGB, som indeholder et forbud mod tilbagevirkende kraft af straffebestemmelser. Med bestemmelserne i § 1 (art. 103, stk. 2 GG) og § 2 StGB som baggrund har den tyske teori udviklet fire generelle betingelser for anvendelsen af strafferetten:⁷

- For det første kræves i strafferetten en »*lex scripta*«, hvilket betyder, at ingen kan straffes uden skriftligt lovgrundlag eller idømmes en hårdere straf end den, som er angivet i loven. Kravet forudsætter anvendelsen af materielle love⁸ og udelukker dermed anvendelse af uskrevne retsregler/sædvaner i strafferetten (i hvert fald hvis dette ikke er til fordel for vedkommende).
- Kravet om »*lex stricta*« betyder for det andet, at straffebestemmelserne skal anvendes restriktivt. Nye straffebestemmelser kan ikke indføres ved retspraksis, og en højere straf end den, der er hjemlet i loven, kan ikke idømmes. »*Lex stricta*«-kravet betyder efter tysk opfattelse, at analogi er forbudt i strafferetten.
- For det tredje kræves i strafferetten en »*lex certa*«, altså en lov som er tilstrækkelig præcis i sin formulering af gerningsindholdet, og som indeholder klare bestemmelser om lovovertrædelsens følger. Kravet vedrørende sanktioner forstås imidlertid ikke således, at lovgiveren er afskåret fra at bruge strafferammer. Præciseringen er altså højere for beskrivelsen af gerningsindholdet, mens lovgiveren kun sætter ramme for sanktionerne, som i de enkelte sager udmåles af domstolen.
- Den fjerde konsekvens af § 1 og § 2 StGB er »*lex praevia*«-påbud, som betyder, at tilbagevirkende kraft udelukkes i strafferetten, hvis dette vil betyde en forringelse af den mistænkte situation. Forbud mod tilbagevirkende kraft retter sig både mod tilbagevirkende kraft af selve straffebestemmelser og af andre forskrifter, som forringer den mistænkte retsstilling, dog gælder forbudet ikke for processuelle regler.

⁶ Se Schönke/Schröder-Eser, Strafgesetzbuch; Kommentar, § 1 Rdnr. 1.

⁷ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil s. 134 ff. og Schönke/Schröder-Eser, Strafgesetzbuch; Kommentar § 1 Rdnr. 6 ff.

⁸ Det betyder, at der også kan anvendes *Rechtsverordnungen* (bekendtgørelser) i strafferetten. Dette er imidlertid udelukket i forbindelse med frihedsstraf, jf. art. 104, stk. 1 GG. I praksis spiller *Rechtsverordnungen* ikke nogen rolle i strafferetten, idet forfatningsdomstolen har indtaget en meget restriktiv holdning vedrørende anvendelse af ikke-formelle love i strafferetten. Se hertil Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil, s. 133 f.

Sammenfattende kan det konstateres, at den tyske forståelse af »ingen straf uden lov«-princippet betyder, at der stilles højere krav til legitimitet og hjemmel til strafferetten end på andre retsområder.

Dermed adskiller den tyske forståelse af princippet sig som udgangspunkt ikke fra den danske.⁹ I Tyskland konkretiseres princippet således, at strafferetten skal være præget af, at lovgiveren meget præcist bestemmer, hvad der kan straffes, og hvordan der kan straffes. Dermed bliver strafferetten mere formaliseret end andre retsområder, hvilket må betyde, at praksis kun kan spille en mindre rolle. Den følgende undersøgelse af det danske retssystem sker på baggrund af denne forståelse af »ingen straf uden lov«-princippet: Den går ud fra, at strafferetten er et retsområde, hvor formelle love skal være den centrale retskilde hvad angår betingelser for at pålægge strafansvar, og hvordan der kan reageres på en lovovertrædelse.

Et nyt syn på det danske retssystem

Fortolkningen af »ingen straf uden lov«-princippet (og i sammenhæng dermed, § 2 *StGB*) i Tyskland viser en vigtig forskel mellem det tyske og det danske retssystem. Ganske vist bliver princippet også i Danmark anset for meget fundamentalt,¹⁰ og nogle af de betingelser for anvendelsen af straf, som opstilles i den tyske teori, findes også i den danske.¹¹ Men samtidig bliver princippet forholdsvis kort behandlet i dansk litteratur. En indgående teoretisk abstrakt behandling af princippets indhold og fortolkning foretages ikke, i stedet fokuseres i litteraturen på princippets formål og på spørgsmålet, hvad princippet betyder i praksis.¹² I Tyskland bliver, som den korte fremstilling her har vist, princippets indhold derimod nøje undersøgt og konkretiseret, hvilket udmøntes i dannelsen af et (abstrakt) system af principper og underprincipper. Denne forskel i den teoretiske tilgang til strafferetlige principper antyder, at der er en grundlæggende forskel mellem det tyske og det danske system: Set med danske øjne virker det tyske system ofte stærkt dogmatisk orienteret, mens en tysk observatør oftest oplever det danske system som meget pragmatisk orienteret.¹³ En sådan forskel præger naturligvis opfattelsen af retlige principper og problemstillinger i begge retssystemer. For artiklens fremstilling betyder det, at en tysk analyse af det danske system sandsynligvis vil pege på nogle problemstillinger, som ikke nødvendigvis bliver opfattet som sådanne i Danmark. Det er netop en af fordelene ved at indtage et grænseoverskridende perspektiv.

⁹ Kommenteret straffelov, almindelig del, s. 93 ff. (s. 95 ff.).

¹⁰ Kommenteret straffelov, almindelig del, s. 93.

¹¹ For eksempel bruges »*lex certa*«-kravet også i den danske litteratur, se Kommenteret straffelov, almindelig del, s. 96.

¹² Se for eksempel Kommenteret straffelov, almindelig del, s. 93, Greve, Det strafferetlige ansvar, s. 53 ff. og Toftegaard Nielsen, Strafferet I, s. 33.

¹³ Om denne retskulturelle forskel mellem det danske og det tyske retssystem se Feldtmann, Anklagemyndighedens rolle, NTfK 2002, s. 161 f.

Man kan selvfølgelig på den anden side spørge, hvilken værdi et nyt perspektiv på dansk strafferet har. Hvis nogle aspekter af det danske retssystem kun opfattes som problematiske fra et udefrakommende syn, er de så relevante for den interne danske diskussion? Overfor denne indvending kan der anføres mindst to argumenter: For det første kan man argumentere for, at et nyt syn på systemet altid er værdifuldt, fordi det kan inspirere til nytænkning og videreudvikling. Retssystemer er netop ikke ubevægelige systemer, de er derimod i konstant udvikling, og hertil kan et andet syn bidrage ved at sætte fokus på nogle aspekter af systemet. For det andet er nationale strafferetssystemer ikke (længere) et rent nationalt anliggende: På den ene side påvirker samarbejdet i den Europæiske Union i stigende grad nationale strafferetssystemer.¹⁴ På den anden side har Danmark tilsluttet sig (implementeret) Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvilket betyder, at der med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol findes en udefrakommende institution, som har kompetence til at bl.a. at vurdere danske strafferetlige problemstillinger, og hvis fortolkning af konventionen er dynamisk.¹⁵ Udefrakommende påvirkninger på det danske strafferetssystem er derfor en realitet, uanset om man mener, at dette er en ønskelig udvikling eller ej.

Gælder princippet »ingen straf uden lov« altid i Danmark?

Formålet med analysen er at belyse, hvordan det danske strafferetssystem virker på den tyske observatør. Hvorfor kan en tysk kollega komme i tvivl om, hvorvidt princippet »ingen straf uden lov« altid gælder i Danmark?

Fremgangsmåden i artiklen er at koncentrere opmærksomheden om nogle udvalgte emner, hvor der – ud fra en tysk synsvinkel – kan sættes spørgsmålstegn ved princippet gyldighed. Derved indgår der ikke i artiklen en fuldstændig analyse af princippet betydning i det danske retssystem. Udvalget af emner er sket på grundlag af erkendelser vundet i min tyske doktorafhandling¹⁶ og ved at arbejde som tysk jurist med dansk strafferet. Udvælgelsen er foretaget ud fra et ønske om at behandle emner, som viser områder, hvor det danske strafferetssystem muligvis adskiller sig fra andre, ikke mindst det tyske.

¹⁴ Se hertil *Elholm*, Nyttel EU's harmonisering af strafferetten?, *Lov & ret* 05/2001, s. 21 ff.

¹⁵ Om Konventionens og domstolens betydning for det danske strafferetssystemet se *Toftegaard Nielsen*, Straffesagens gang, s. 22 ff. Om domstolens dynamiske fortolkning af konventionen se *Toftegaard Nielsen*, Domstolene som den tredje statsmagt, i *Parlamentarismen – Hvem tog magten?*, 2001. s. 174 f.

¹⁶ Afhandlingens titel er: »Zwangloses Strafverfahren? – Verfahrensbeendigungen aus Gründen der Opportunität durch die Anklagebehörde in Dänemark aus deutscher Sicht«. Afhandlingen udgives som bog i Tyskland i slutningen af 2002.

1. Analogi og konkretiseringsgraden af centrale bestemmelser i straffelovens almindelig del

Det første aspekt, som – ikke kun set med tyske øjne – er meget i påfaldende ved det danske strafferetssystem, er, at analogi ikke er udelukket.¹⁷ Straffelovens § 1 kræver som udgangspunkt lovhjemmel for pålæggelse af straf, dog kan der pålægges straf for forhold, som ikke har lovhjemmel, men »som ganske må ligestilles« med et forhold, som har lovhjemmel. Dermed accepteres i dansk strafferet anvendelsen af *fuldstændig lovanalogi*.

Som det fremgår af ovenstående, er analogi forbudt i tysk strafferet, idet princippet »ingen straf uden lov« efter tysk opfattelse udelukker enhver brug af analogislutning, som betyder en nyskabelse af ret (dog kun hvis der er tale om strafbegrundelse, sanktioner eller en forringelse af borgernes situation).¹⁸ I denne sammenhæng kan man dog spørge, hvor grænsen mellem analogi og udvidende fortolkning i realiteten går. Også i Tyskland anvendes udvidende fortolkning, grænsen bliver dog sat der, hvor en mulig fortolkning ikke ville være omfattet af meningen med de i bestemmelsen brugte formuleringer (»*Wortsinn*«).¹⁹ I Danmark kan domstolen overskride denne grænse ved at bruge analogi. Der peges dog i den danske litteratur på, at domstolene anvender analogihjemlen meget restriktivt, og at Højesteret i nyere tid har afvist af anvende analogi.²⁰ Det bliver også påpeget i litteraturen, at en udpræget brug af analogihjemlen i dag sandsynligvis er i strid med EMRK art. 7, stk. 1.²¹

Et andet aspekt, som er iøjnefaldende ved det danske system, vedrører centrale bestemmelser i straffelovens almindelige del. Indledende er det i denne sammenhæng værd at notere, at de almindelige dele i begge lande ligner hinanden, idet de indeholder grundlæggende bestemmelser for strafferetten og behandler stort set de samme emner. I begge lande er straffelovgivning altså opbygget således, at grundlæggende strafferetlige spørgsmål, for eksempel vedrørende lovens anvendelsesområde, medvirken, tilregnelser og forsøg, bliver behandlet i almindelig del, der som udgangspunkt gælder for alle strafferetlige bestemmelser, uanset om de findes i selve straffeloven eller i særlove.

Men når man ser nærmere på nogle bestemmelser i almindelig del, opdager man en vigtig forskel mellem de danske og de tyske bestemmelser: De tyske bestemmelser behandler som regel problemstillingerne meget nøje, medens de danske bestemmelser hyppigt er meget bredt formuleret.

¹⁷ Greve, Det strafferetlige ansvar, s. 87 ff.

¹⁸ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil s. 134 ff.

¹⁹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil s. 158 ff. Der findes dog enkelte eksempler i tysk retspraksis, hvor man kan spørge, om denne grænse ikke blev overtrådt, se hertil Schönke/Schröder-Eser, Strafgesetzbuch; Kommentar § 1 Rdnr.55 f.

²⁰ Toftagaard Nielsen, Strafferet I, s. 47 f. Se også U 1995.836 H.

²¹ Greve, Det strafferetlige ansvar, s. 89.

Et eksempel på forskellen er bestemmelserne vedrørende medvirken. De tyske bestemmelser (§§ 25-31 StGB) skelner mellem forskellige former for hovedmandsvirksomhed og medvirken, medens den danske bestemmelse (strl § 23) ikke skelner mellem forskellige gerningsmandsvirksomheds- og medvirkensformer («*Einheits-täterbegriff*»). Baggrunden for forskellen mellem det danske og det tyske medvirkensbegreb er, at dansk strafferet lægger meget stor vægt på det subjektive element («den kriminelle vilje»), mens den tyske løsning bygger mere på en kombination af subjektive og objektive elementer.²² Med danske øjne virker de tyske medvirkensregler sandsynligvis meget teoretiske, men samtidig er de et forsøg fra lovgiveren på at bestemme så nøje som muligt, under hvilke betingelser borgerne kan blive straffet. De danske bestemmelser er derimod mindre konkretiserede og overlader dermed mere spillerum til retsanvenderen.

Et andet eksempel er forsøgsbestemmelserne: I Tyskland begynder det strafbare forsøg først, når gerningspersonen umiddelbart er ved at påbegynde udførelsen af den strafbare handling (§ 22 StGB). Det betyder, at forberedelseshandlinger ikke er omfattet af forsøget i Tyskland. Den danske forsøgsbestemmelse (strl § 21, stk. 1) er derimod kendetegnet ved, at der kan straffes for forsøg på et meget tidligt tidspunkt. Greve nævner som eksempel på det danske forsøgsbegreb, at indkøb af en æske tændstikker kan – i teorien – straffes som forsøg på brandstiftelse og således straffes med fængsel på livstid.²³ Det brede danske forsætsbegreb bliver i praksis begrænset ved, at anklagemyndigheden har udviklet en fast praksis for, hvornår der rejses tiltale i forsøgssager, og hvornår det ikke sker. Anklagemyndigheden vil normalt kun rejse tiltale, hvis forberedelseshandlingen objektivt er mistænkelig, eller hvis den mistænkte tidligere domme eller andre forhold støtter mistanken om, at der er tale om et forsøg.²⁴ Dermed er det i Danmark i realiteten ikke lovgiveren, som har begrænset/ konkretiseret omfanget af forsøgsstrafbarhed, men derimod anklagemyndigheden.

Den danske løsning med brede formuleringer har den fordel, at den ikke prøver at konstruere et abstrakt system, som er vanskeligt at anvende i praksis. I Danmark er forsøgsområdet bredt defineret, og det er dermed op til retsanvenderen at indskrænke anvendelsen. Men fra en tysk synsvinkel skal denne fremgangsmåde ses i lyset af »*lex certa*«-kravet. Det skal være lovgiveren – og ikke retsanvenderen – som bestemmer de væsentlige betingelser for pålæggelse af straf. »Ingen straf uden lov«-princippet betyder efter tysk forståelse bl.a., at strafferetlige bestemmelser skal være præcist formulerede og klare i deres indhold.

²² Se Toftegaard Nielsen, Strafferet I, s. 193.

²³ Greve, Det strafferetlige ansvar, s.78, som dog peger på, at der selvfølgelig skal foreligge tilstrækkeligt forsæt.

²⁴ Toftegaard Nielsen, Strafferet I, s.169.

2. Sanktions- og afgørelsesformer, som ikke er lovregulerede

Både i det danske og det tyske retssystem har anklagemyndigheden en meget central rolle ved behandling og afslutning af straffesager. Dette er særdeles interessant, fordi anklagemyndighedens rolle i straffeprocessen som udgangspunkt synes at være forskellig på et vigtigt punkt: Danmark bliver normalt antaget for at bekende sig til opportunitetsprincippet, mens Tyskland regnes som et klassisk eksempel på et land med et rodfæstet legalitetsprincip.²⁵ Samtidig viser en nærmere undersøgelse af anklagemyndighedens kompetence, at den i begge lande har hjemmel til at afgøre og slutte straffesager og til at pålægge en sanktion/sanktionslignende reaktion. I begge lande betragtes legalitet som hovedregelen og opportunitet som en undtagelse, der kræver lovhjemmel²⁶

I begge lande har anklagemyndigheden blandt andet kompetence til at frafalde tiltalen med eller uden vilkår. Det er altså ikke selve det faktum, at der overhovedet findes hjemmel til at frafalde tiltale i rpl § 722, som ud fra et tysk perspektiv er bemærkelsesværdigt. Det, som er af særlig interesse i forbindelse med »ingen straf uden lov«-princippet, er, hvordan der med rpl § 722 som baggrund kan udvikles en praksis.

Et område, som danner et godt eksempel på forskellen mellem det tyske og det danske retssystem i forbindelse med udvikling af praksis, er straffesager vedrørende unge lovovertrædere. I Tyskland findes et specielt straffe- og proceduresystem for unge, som blandt andet omfatter nogle specielle regler for tiltalefrafald i sager mod unge (§ 45 *Jugendgerichtsgesetz (JGG)*). I Danmark findes derimod intet særligt system for unge. Her arbejder man med enkelte specielle lovbestemmelser, hvori der tages højde for unges særlige behov, blandt andet ved at åbne mulighed for at vælge en mildere sanktion. Et eksempel på en sådan bestemmelse er rpl § 722, stk. 1, nr. 2 og nr. 3, som hjemler mulighed for at frafalde tiltale med vilkår i sager mod unge.

Ud fra princippet »ingen straf uden lov« er lovhjemlen for tiltalefrafald i sager mod unge ikke specielt problematisk. Det interessante er imidlertid, at vilkårsfastsættelsen i praksis ikke alene sker inden for reglerne i retsplejeloven, men ofte i form af en ungdomskontrakt. Ungdomskontrakten er en reaktionsform, som ikke er hjemlet i hverken retsplejeloven eller andre love. Ungdomskontrakten bliver dog omtalt i Rigsadvokatens Meddelelse 7/1998 (Behandlingen af unge lovovertrædere): Den skal som regel anvendes, hvis sagen mod den unge skal afsluttes med tiltalefrafald med vilkår. Teknisk set sker afslutningen af sagen i forbindelse med en ungdomskontrakt som et tiltalefrafald med vilkår efter rpl § 722, stk. 1 nr. 2 eller nr. 3, men i realiteten anvendes her en ny reaktionsform.²⁷

²⁵ Om indholdet af begreberne opportunitets- og legalitetsprincip se *Feldtmann*, Anklagemyndighedens rolle, NtK 2002, s. 158 f.

²⁶ *Feldtmann*, Anklagemyndighedens rolle, NtK 2002, s. 159 ff.

²⁷ Om anvendelsesområde og gennemførelse af ungdomskontrakter se Rigsadvokatens Meddelelse 7/1998.

Det interessante i forbindelse med ungdomskontrakter er ikke, at man i det danske strafferetssystem prøver at udvikle hensigtsmæssige reaktionsformer, men den måde det sker på. Ungdomskontrakter har været genstand for en indgående parlamentarisk behandling i Folketinget,²⁸ alligevel blev den landsdækkende introduktion af denne reaktionsform ikke foretaget ved lov. I stedet blev det overladt til Rigsadvokaten at bestemme, i hvilke tilfælde ungdomskontrakten skal anvendes, og hvordan den i praksis skal gennemføres. Eksemplet med ungdomskontrakter er ikke enestående, idet der i dansk praksis findes andre eksempler, hvor reaktionsformer er introduceret i anklagemyndighedens eget regi: I forbindelse med rpl § 722 stk.1, nr.1, har det været fast praksis at forbinde tiltalefrafald med en (skriftlig) advarsel. Denne form for advarsel er ikke hjemlet i loven, igen er det Rigsadvokatens interne bestemmelser, som oplyser om reaktionsformen.²⁹

Eksemplerne viser, at den danske anklagemyndighed har en retsskabende funktion. Fremgangsmåden med at hjemle nye reaktionsformer i Rigsadvokatens interne meddelelser, har imidlertid to vigtige implikationer: For det første betyder den, at anklagemyndighedens reaktionsmuligheder ikke alene baseres på lovgivningen. Loven synes at danne rammen for behandlingen af straffesager, dog bliver denne udfyldt og udviklet i praksis. For det andet betyder fremgangsmåden, at en del af den strafferetlige praksis baseres på interne (forvaltningsretlige) instrukser, hvilket rejser spørgsmålet, om disse kan påberåbes af borgeren, hvis han mener, at hans sag ikke bliver behandlet i overensstemmelse med de i tilsvarende sager anvendte instrukser.

Den retsskabende funktion, som den danske anklagemyndighed har, er til en vis grad hjemlet i loven: Rpl § 722, stk.1, nr. 7, indeholder et hjemmel for justitsministeren og rigsadvokaten til at definere nye anvendelsesområder for tiltalefrafald. I praksis har justitsministeren delegeret sin kompetence til Rigsadvokaten, som i »Bekendtgørelse nr.816/2000 om politimestrenes og statsadvokatens adgang til at frafalde tiltale« definerer yderligere muligheder for tiltalefrafald. Men anklagemyndighedens retsskabende funktion er ikke nødvendigvis begrænset af den i retsplejeloven hjemlede kompetence. I dansk litteratur omtaler Henricson forskellige situationer, hvor sager i praksis afsluttes, uden dette baseres på et (klart) lovgrundlag.³⁰ Henricson uddyber ikke, hvor udbredt disse fremgangsmåder er, men fra en tysk synsvinkel er det værd at notere, at en dansk vicepolitimester omtaler ikke-lovregulerede afslutningsgrunde, uden at dette fremprovokerer særlige reaktioner. En lignende hændelse ville i Tyskland med al sandsynlighed føre til en intens debat om overskridelsen af anklagemyndighedens kompetence. ;

²⁸ *Rentzmann/Reimann*, Samfundstjeneste og ungdomskontrakter, s. 37 ff., Folketingstidende 1989-1990, F bind VI, sp. 8699-8730 og F bind VII, sp. 10472-10484.

²⁹ Tidligere anvendtes politiets advarsel for eksempel i visse butikstyveri-sager (RM 14/1977 og RM 16/1982). I dag bliver disse sager først og fremmest afgjort med bødeforlæg, men i Rigsadvokatens såkaldte »bødekatolog« (»Vejledning om bødetakster i politisager«) gives der stadigvæk hjemmel til at afslutte sager med advarsel (punkt 3.2.-1.). Også i sager mod unge kan der bruges advarsel, RM 7/1998, s.7 f.

³⁰ *Henricson*, Politiret, s.178 ff.

Det kan altså konkluderes, at den danske anklagemyndighed har en retsskabende funktion, og at ikke alle reaktionsformer, som anvendes i praksis, er hjemlet i loven. Dette rejser spørgsmålet om virkningen af »ingen straf uden lov«-princippet. På den ene side kan man argumentere, at princippet ikke bliver krænket, hvis der anvendes ikke-lovregulerede reaktionsformer, som forbedrer borgernes situation, fordi de er mindre indgribende end de i loven fastsatte reaktioner. På den anden side har Rigsadvokaten udtalt, at advarslen er en sanktion,³¹ og dette rejser spørgsmålet, om sanktionerne, som bruges mod borgeren, altid skal være lovbestemt. Fra et tysk perspektiv er lovgiveren – og ikke praktikerne – den centrale kilde i strafferetten. Selvfølgelig spiller praksis også i Tyskland en vigtig rolle, men der findes ingen information om en lignende introduktion af egne reaktionsformer af anklagemyndigheden i Tyskland. Den praksis, som findes i Danmark, synes ikke at være acceptabel i Tyskland. Men uanset om man mener, at de her nævnte eksempler er på grænsen af »ingen straf uden lov«-princippet eller ej, så giver de anledning til at overveje, hvordan forholdet mellem lovregulering og praksis bør være. Hvor meget praksis kan der accepteres, når der er tale om afgørelses-/reaktionsformer? Hvilke områder er forbeholdt lovgiveren? Disse spørgsmål er indtil videre ikke nærmere behandlet i Danmark.

3. Behandling af »kronvidner«

Et sidste eksempel, som behandles her, er spørgsmålet om behandling af »kronvidner«. Kronvidne-problematikken vedrører ved første øjekast ikke »ingen straf uden lov«, idet den først og fremmest vedrører straffeprocessretlige spørgsmål. Men kronvidne-problematikken berører også spørgsmål om strafudmåling. Fra et tysk perspektiv stiller behandlingen af kronvidner bl.a. spørgsmål om kompetencefordelingen mellem lovgiveren og praksis, hvilket er et spørgsmål, som netop også er centralt i forbindelse med »ingen straf uden lov«.

Kronvidne-problematikken vedrører spørgsmålet om, hvordan retssystemet forholder sig til situationer, hvor en person, som er involveret i en lovovertrædelse, der er del af et stort sagskompleks, hjælper til med at opklare sagskomplekset mod en reduktion af sin egen sanktion. Spørgsmålet om kronvidner kan for eksempel opstå i forbindelse med terrorvirksomhed eller i forbindelse med organiseret kriminalitet og narkotikakriminalitet. Spørgsmålet om kronvidner bliver både i Danmark og i Tyskland diskuteret kritisk, dog indtager diskussionen en mere fremtrædende rolle i Tyskland.³² Diskussionen vedrørende kronvidner berører nogle fundamentale spørgsmål i strafferetten. Den rejser bl.a. spørgsmålet om aftaler i

³¹ Toftegaard Nielsen, Straffesagens gang, s.110.

³² Se for eksempel DJØF, Faglig etiske problemer i strafferetsplejen, J 1994, s. 292 (Danmark), Gössner, Kronzeugen a.D., Neue Kriminalpolitik. 2000, s. 5 f. og Weigend, Das »Opportunitätsprinzip« zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, ZStW 109 (1997), s. 111 f. (Tyskland).

straffeprocessen og spørgsmålet om, hvilken værdi »købte« vidneforklaringer kunne have.³³

I Tyskland er spørgsmålet om kronvidner et emne, som mange gange har været genstand for lovgivning, og de forskellige bestemmelser har været genstand for stærk kritik i litteraturen.³⁴ I Danmark er spørgsmålet om kronvidner derimod ikke reguleret ved lov, dvs. der findes ingen lovhjemmel, som direkte regulerer behandlingen af kronvidner. Alligevel spiller spørgsmålet også i den danske strafferetspleje en rolle.³⁵

Baggrunden for behandlingen af kronvidner i Danmark kan ses i forbindelse med to forhold. For det første giver anklagemyndighedens egen kompetence mulighed for at begrænse eller undlade strafforfølgning af et samarbejdsvilligt kronvidne. Henricson mener for eksempel, at anklagemyndigheden i drabssager kan love sælgeren af et våben straffrihed, hvis denne kommer frem og giver vigtige informationer om drabsmanden. Begrundelsen for denne fremgangsmåde er, at anklagemyndigheden undlader at forfølge en mindre lovovertrædelse for at få mulighed for at opklare en alvorlig lovovertrædelse.³⁶

For det andet kan et kronvidnes samarbejde tilgodeses i straffeudmålingen, ikke mindst i forbindelse med en tilståelsessag (rpl § 922), altså en sag med en summarisk procedure, hvor tiltalte tilstår lovovertrædelsen.³⁷ Domstolens strafudmåling sker efter bestemmelserne i strl § 80 ff. Strafudmålingen er en kompleks vurdering, hvori der kan indgå forskellige aspekter.

I Kronvidne-situationer giver strl § 80 mulighed for ved strafudmålingen at tage hensyn til den tiltaltes bidrag til at opklare et sagskompleks og hans informationer om en medgerningsmand.³⁸ Den almindelige lovgivning giver altså mulighed for at tilgode kronvidnets samarbejde.

Den danske behandling af kronvidne-situationer er i høj grad præget af Højesteret. I U 1982.1027 HK har Højesteret taget stilling til spørgsmålet, om en vidneforklaring af et kronvidne kunne anvendes i en sag mod andre personer. Baggrunden for sagen var et sagskompleks i forbindelse med narkotikakriminalitet: Anklagemyndigheden ønskede at anvende et vidneudsagn fra et kronvidne, som i USA havde indgået en aftale med anklagemyndigheden. Aftalen gik ud på, at kronvidnet skulle vidne mod de i sagen tiltalte personer, mod at anklagemyndigheden lovede at undlade strafforfølgning efter domsforhandlingen og at trække udleveringsansøgning-

³³ Se *Toftegaard Nielsen*, *Straffesagens gang*, s. 125 ff.

³⁴ *Gössner*, *Kronzeugen a.D., Neue Kriminalpolitik*, 2000 s. 5 f.

³⁵ *Rasmussen*, *Om plea-bargaining og andre studehandler inden for strafferetsplejen*, UfR 1980 B, s. 153 ff.

³⁶ *Henricson*, *Politiret*, s. 181.

³⁷ *Om tilståelsessager*, *Toftegaard Nielsen*, *Straffesagens gang*, s. 113 ff.

³⁸ Se U 1998.1317 H.

gen tilbage. En del af aftalen var også, at kronvidnet efter sit vidneudsagn skulle strafforfølges i USA for nogle lovovertrædelser. Aftalen lagde til grund, at kronvidnet skulle afgive »fuldstændige, sandfærdige og nøjagtige oplysninger«. Hvis det kunne konstateres, at kronvidnet ikke havde afgivet sand forklaring, skulle aftalen ophæves.

Højesteret nægtede at give tilladelse til brug af kronvidnet. I sin kendelse gik Højesteret ud fra, at det mulige vidne havde en stor interesse i at udtale nøjagtigt det samme, som under efterforskningen. Med henblik på hvordan udsagnet opstod, anså Højesteret det for betænkeligt at tillade brug af vidnet, selv om sagen drejede sig om alvorlige lovovertrædelser. Højesteret udelukkede i sin kendelse ikke den generelle brug af kronvidner, men konkluderede, at bevisværdien af det konkrete udsagn var tvivlsom.

Højesterets holdning vedrørende kronvidne-spørgsmålet er på den ene side præget af erkendelsen af, at kronvidner kan være en vigtig kilde i store sager, men på den anden side begrænser Højesteret muligheden for aftaler. I U 1998.1317 H kommer denne ambivalente holdning tydeligt til udtryk. Her udtalte domstolen, at kronvidner kan bidrage til opklaringen af et sagskompleks, og at en nedsættelse af straf kan motivere en involveret person til at udtale sig i sagen. Højesteret mener derfor, at straffen for et kronvidne kan reduceres, selv om omgang med kronvidner rejser nogle principielle betænkeligheder. I en konkret sag er det derfor vigtigt at vurdere kronvidnets bevisværdi, bl.a. netop med hensyn til, at dette udsagn kan bevirke en nedsættelse af egen straf. Højesteret drager en grænse for aftaler med mulige kronvidner der, hvor der loves kronvidnet en begrænsning af hans/hendes egen strafforfølgning, idet risikoen for falske forklaringer her anses som værende for stor. Afgørelsen betyder, at Højesteret vil forbeholde domstolene at vurdere kronvidnets indsats og at beslutte strafnedsættelsen. Det skal ikke være anklagemyndigheden, som bruger sin kompetence til at tilgodese kronvidnets samarbejde ved at afslutte eller begrænse sagen.

Som reaktion på U 1998.1317 H har Rigsadvokaten formuleret en vejledning for anklagemyndighedens praksis i sager, hvor spørgsmålet om kronvidner opstår: Ifølge RM 11/1998 må anklagemyndigheden kun benytte sig af kronvidner i alvorlige sager, hvor en aftale med henblik på efterforskningen anses som nødvendig. Det er en forudsætning for en sådan aftale, at en overordnet anklager godkender fremgangsmåden. Derudover skal det være en jurist, som informerer den sigtede om muligheden for en kronvidne-aftale, og forsvareren skal altid informeres. Anklagemyndigheden skal gøre det tydeligt, at aftalen ikke automatisk betyder en nedsættelse af straffen, og at det er forbeholdt domstolene at vurdere, om der skal gives strafnedsættelse og dermed foretage strafudmålingen. Aftalen skal altid fremgå af et skriftligt notat i sagsakterne, og hvis anklagemyndigheden ønsker at føre kronvidnet i en sag mod en tredjeperson, skal denne i domsforhandlingen udtrykkeligt gøre opmærksom på, at der foreligger en aftale med vidnet.

Den danske behandling med kronvidne-spørgsmålet er dermed præget af et ønske om, at gøre brugen af kronvidner transparent. Der skal ikke indgås »hemmelige« aftaler, og det er forbeholdt domstolene at vurdere kronvidnets bevisværdi i en sag mod tredjemand og at udmåle kronvidnets straf. Anklagemyndigheden formidler

aftalen, men skal ikke være den aktør i strafferetsplejen, som afgør de væsentlige aspekter i konkrete sager. Fra et tysk perspektiv kan man konstatere, at der i Danmark er udviklet et system, som er præget af en fornuftig pragmatisme, idet det prøver at skabe en balance mellem ønsket om at bruge kronvidner i sager, som er meget vanskelige at efterforske, samtidig med at man forsøger at tage hensyn til de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, som er knyttet til dette emne. Det interessante er derfor ikke den danske løsning som sådan, men måden den blev etableret på. Det er her igen ikke lovgiveren, som tager stilling til et centralt spørgsmål i strafferetsplejen, men aktørerne i praksis: Anklagemyndigheden ønskede at bruge kronvidner, og domstolene sikrede sig de afgørende kompetencer ved at gøre spørgsmålet til et spørgsmål om bevisværdi og strafudmåling.

Tyskerne har ikke overladt problemstillingen vedrørende kronvidner alene til praksis. Efter tysk opfattelse skal rammerne for strafferetsplejen være lovbestemt. På den anden side kan man spørge, om den danske »retspraksisskabte« fremgangsmåde ikke er mere hensigtsmæssig, end den tyske, som lovbestemt? Besvarelsen af spørgsmålet ville sprænge rammerne for denne artikel. Men med hensyn til spørgsmålet om forhold mellem lovgiveren og praksis kan man konstatere, at der åbenbart findes en vigtig forskel mellem det danske og det tyske retssystem. Mens man i Tyskland satser på lovgiveren som den centrale kilde i strafferetsplejen, stoler man i Danmark i større omfang på, at retsanvenderen kan udvikle hensigtsmæssige løsninger.

Konklusion

Gælder princippet »ingen straf uden lov« altid i Danmark? Det er i sidste ende op til læseren at vurdere, hvorvidt der opstår en berettiget tvivl om princippet gyldighed eller ej. Artiklen undlader bevidst at drage en klar grænse mellem tilladt fortolkningsskøn og spillerum for pragmatiske afgørelsesmuligheder på den ene side, og en krænkelse af »ingen straf uden lov«-princippet i strafferetten på den anden side. Formålet med udvælgelsen af de her behandlede eksempler er ikke at præsentere svarene, men at rejse spørgsmål, som kan give anledning til en videregående tænkning.

Problemstillingen omkring »ingen straf uden lov«-princippet berører nogle fundamentale strafferetlige spørgsmål: Hvem har definitionsmagten i strafferetten? Hvem skal præge udviklingen på dette retsområde? I forbindelse med grundlovens 150 års fødselsdag og med 150-årsdagen for indførelse af det moderne demokrati i Danmark, har århusianske jurister og politologer spurgt om, hvordan det står til med parlamentarismen, og hvem der tog magten.³⁹ I denne sammenhæng belyser Toftegaard Nielsen domstolenes retsskabende funktion meget kritisk. Toftegaard Nielsens kritik retter sig mod en voksende »domstolsbegejstring«, hvor det anses for rigtigt, hvis domstolene (især på grund af den Europæiske Menneskerettighedskon-

³⁹ Gorm Toftegaard Nielsen (red.), Jens Peter Christensen, Jørgen Grønnegård Christensen, Erik Damgaard, Jens Hartwig Danielsen og Jørgen Albæk Jensen: *Parlamentarismen – Hvem tog magten?*, 2001.

vention) afskærer lovgiverens kompetence.⁴⁰ Dette bevirker, at vigtige samfundsmæssige beslutninger ikke tages i folketinget, men ved domstolene, som ikke har et direkte demokratisk mandat.

En sådan »domstolsbejstring« er i Tyskland stærkere udviklet end i Danmark. Men en anden vinkel på spørgsmålet om parlamentets betydning og forhold til domstolene og retspraksis er de i denne artikel rejste spørgsmål. Fra et tysk perspektiv kan man spørge, om det danske folketing ikke reducerer sin egen betydning, hvis den undlader at tage stilling til vigtige strafferetlige spørgsmål.

Hvis Folketinget for eksempel ikke lovgiver om spørgsmål som kronvidner, er det oplagt, at domstolene udvikler en praksis. Det er i et tysk perspektiv påfaldende, hvor stor en rolle praksis spiller i dansk strafferet – ikke kun på domstolsniveau, men også ved anklagemyndigheden. Et blik over den tysk-danske grænse efterlader spørgsmålet, hvilke strafferetlige eller straffeprocessretlige emner er i Danmark forbeholdt lovgiveren? Hvordan forstås »ingen straf uden lov«-princippet i Danmark?

⁴⁰ *Toftegaard Nielsen*, Domstolene som den tredje statsmagt, i *Parlamentarismen – Hvem tog magten?*, 2001., s. 147 ff. (s. 164 ff.)

Driftsomkostningsbegrebet – oprindelse og udvikling frem til 1903

af

Jane Ferniss

1. Indledning

Statsskattelovens § 6 a, har i årenes løb givet anledning til mange fortolkningsproblemer. Bestemmelsen indeholder nemlig langt fra nogen klar afgrænsning af, hvilke omkostninger der er fradragsberettigede og hvilke omkostninger, der ikke er fradragsberettigede. Den omfattende domspraksis viser også sit tydelige sprog. Den 15. maj 2003 er det 100 år siden, at statsskatteloven blev vedtaget. Grundprincipperne i statsskatteloven blev udviklet i det 19. århundrede i et samfund, som var væsentligt anderledes end i dag.

Driftsomkostningsbestemmelsen i § 6, stk. 1, litra a og stk. 2 er bortset fra en enkelt undtagelse forblevet uændret siden dens vedtagelse i 1903.¹ Det er derfor stadig denne bestemmelse, der er den grundlæggende bestemmelse for driftsomkostningsfradrag.²

Formålet med denne artikel er derfor at forsøge at give et indblik i det skatteretlige driftsomkostningsbegrebs oprindelse og senere udvikling frem til 1903, hvor den permanente statsindkomstskattelov vedtages ved lov nr. 104 af 15. maj 1903. Dette forsøges opnået dels ved at belyse, hvordan driftsomkostningsbegrebet har været udtrykt i tidligere danske indkomstskattelove mv. og dels ved at undersøge, om man i forarbejderne til disse love har gjort sig overvejelser om driftsomkostningsbegrebets tilblivelse og udvikling.

I 1789 var det formentlig første gang, der blev indført en egentlig formue- og indkomstskattelov, hvor man beskattede efter et nettoprincip, som ligner det, vi kender i dag. Udgangspunktet for undersøgelsen af dette emne er derfor taget i denne lov. Den gældende grundlæggende bestemmelse om driftsomkostningsfradrag fremgår som nævnt af § 6, stk. 1, litra a og § 6 stk. 2 og lyder således:

Ved Beregningen af den skattepligtige Indkomst bliver at fradrage:

§6 a. Driftsomkostninger, dvs. de Udgifter, som i Aarets løb er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde Indkomsten, derunder ordinære Afskrivninger.

¹ Statsskatteloven er blevet ændret ved lov nr. 144 af 8/6 1912 og lov nr. 149 af 10/4 1922, dog uden at § 6 er blevet ændret væsentligt.

² Statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a er over årene blevet suppleret væsentligt igennem særlovgivning i ligningsloven og afskrivningsloven.

Stk.2. Den beregnede Skatteindtægt er skattepligtig uden Hensyn til, hvorledes den anvendes, altsaa hvad enten den benyttes til egen eller Families Underhold, Betjening, Nytte eller Behagelighed, eller til Formueforøgelse, til Forbedring af Ejendom, til Udvidelse af Næring eller Drift, Henlæggelse til Reserve- eller andre lignende Fonds, til Gaver eller på anden Maade.

I denne artikel gennemgås alene de vigtigste udviklingstræk i driftsomkostningsbegrebet. For det første udviklingen i definitionen af driftsomkostninger, for det andet udviklingen i sontringen mellem fradragsberettigede driftsomkostninger og private udgifter og endelig udviklingen i sontringen mellem driftsomkostninger og formueforøgelse eller udvidelse af næring eller drift.

2. Udviklingen i definitionen af driftsomkostninger

I ældre tid blev indkomst- og formueskatter alene anvendt under ekstraordinære forhold, især til finansiering af krige og ofte som engangsskatter. Indkomstskatterne var dengang alene et mindre supplement til de permanente skatter på jord, ejendom og tolden.

Som nævnt blev der pålagt befolkningen i Danmark og Norge³ en formue- og indkomstskat i 1789⁴ til finansiering af krige. Forordningen bestod af tre dele. En afgift af formue, en afgift af embedsindkomst, løn, pension mm. samt en afgift af næring. Næringsskatten udgjorde 5 pct. af hvad:

»Næringen eller Haandteringen ongefærligen kan anslaaes for, et Aar i et andet, at indbringe, efter Fradrag af de til Næringens eller Haandterings Drift uomgængeligen fornødne omkostninger«.

Her definerede man driftsomkostninger som de uomgængelige fornødne omkostninger.

Store udgifter til krige medførte, at der igen i 1810⁵ ved forordning af 8. februar 1810 blev indført indkomstskat i Norge og Danmark. Ved denne forordning skulle skatten på 4 pct. beregnes af *»enhvers rene aarlige Indkomst, hvorunder forstaaes al netto Provenue...«*.

Det var ikke defineret i loven, hvad man forstod ved driftsomkostninger, men forskellige spørgsmål om fradrag fremgik af nogle cirkulærer⁶ til loven.

Her skal blot nævnes besvarelsen af et spørgsmål, som omhandlede hovedreglen for fradrag, nemlig:

³ Danmark og Norge havde rigsfællesskab frem til 1814.

⁴ Forordning for kongeriget Danmark angaaede et paalæg af Formue, Indkomst og Næring af 11. marts 1789.

⁵ Forordning om Indkomstskat i Danmark af 8. februar 1810, i Kronologisk Register over de kongelige Forordninger og aabne Breve af *Jacob Henric Schou*. 1810.

⁶ Rentekammerets cirkulærer m.v. af 19. maj 1810, 30. april 1810 og 19. juni 1810 trykt i Kronologisk Register over de kongelige Forordninger og aabne Breve m.m. af *Jacob Henric Schou*, Kbh. 1812.

Til at bestemme det netto Provenu, hvoraf Skatten skal beregnes er den Skatteydende berettiget til, af hele sin Indkomst at fradrage alle de Udgifter, som maa anvendes for at Indkomsten kan bringes til veje, og saaledes være et Middel til Indkomstens Erhvervelse, eller en nødvendig Betingelse, uden hvilken denne ikke haves.

Derefter opregnes nogle eksempler på omkostningstyper inden for de vigtigste erhverv:

Saaledes er for Eksempel, Embedsmanden berettiget til at fradrage de nødvendige Udgifter, saasom: Kontoirhold, Rejse-omkostninger, og saa videre, hans Embeds Bestridelse medfører; Landmanden sine Avlings-Udgifter; Haandværkeren sine udgifter på Svendes og Drenges Holdelse og Materialiers Indkøb, og fremdeles på lige måde flere.

Skatten skulle have været gældende i 8 år, men blev ophævet allerede i 1815. Dels var den blevet upopulær, dels aftog dens finansielle betydning år for år, idet som man tidligere havde erfaret med andre typer af skatter, at udbyttet af en skat, der byggede på selvangivelse blev mindre og mindre for hvert år. Landbefolkningen ville ikke opgive sine indkomster, og hvad bybefolkningens næringsdrivende angik, angav de for lave indkomster. Skatten var derfor temmelig uretfærdig over for de borgere, der havde faste indtægter. Herefter ønskede man i lang tid ikke noget, der nærmede sig indkomstskat.⁷

Indførelse af en permanent indkomstskat blev først taget op igen i Statsrådet i april 1848.⁸ Man nedsatte et udvalg til at udarbejde grundtrækkene til en indkomstskat, som så senere skulle under Statsrådets behandling. Men krigen stillede så store krav til statskassen, at man ikke turde eksperimentere, men valgte i stedet igen de gamle prøvede skatter. Der blev derfor indført en repartitionsskat på kommunerne.⁹ Et fast beløb til hver kommune, som så skulle søge dækning for beløbet hos borgerne. Som udgangspunkt blev disse skatter opkrævet som formue- og lejlighedsskatter. Befolkningen betalte efter et skøn ud fra hele deres økonomiske stilling.

I november 1850¹⁰ forsøgte regeringen sig igen med indførelsen af en indkomstskat. Med erfaringerne fra tidligere var der nogen tvivl om, hvorvidt en indførelse af en indkomstskat var hensigtsmæssig og endnu mere, om det var praktisk muligt at gennemføre den. Finansministeren fremhævede ved fremsættelsen, at det ikke var nok at lovgive om en indkomstskat. Der skulle også være en meget kraftig vilje og en udholdende administration til at gennemføre en indkomstskat. Befolkningen havde en meget stor uvilje mod en indkomstskat. Finansministeren fandt dog, at det

⁷ H.N.V. Thalbitzer, *Skatter og skatteforvaltning i ældre tider*. 1948, København, s. 93 og Scharling Falbe-Hansen, *Skatterne i Danmark*, i *Danmarks Statistik 4. bind 1880*. s. 265.

⁸ Statsrådets forhandlinger 1848-1912. København 1954. 1. bind. S. 252-53.

⁹ Forordning af 5. juni 1848, i *Kronologisk Register over de kongelige Forordninger og aabne Breve af Jacob Henric Schou*.

¹⁰ Rigsdagstidende 1850/51: forelagt sp. 794-813 og lovudkast sp. 408-39 i tillæg A.

var påtrængende nødvendigt at indføre en indkomstskat, idet staten havde oparbejdet en stor statsgæld og havde påtaget sig en del sociale forpligtelser. Desuden var det planlagt at ophæve en række ældre skatter.

Definitionen på driftsomkostninger kom ved dette lovforslag til at have følgende ordlyd:

»... alt dog efter Fradrag af hvad Driftsomkostningerne, herunder indbefattet Folkeløn samt de ordentligviis forefaldende Reparationer, have udgjort.«

Under behandlingen af lovforslaget nedsatte man et udvalg, som afgav en betænkning.¹¹ Her fandt man, at bestemmelsen om driftsomkostninger »*savner den tilbørlige Klarhed og Fuldstændighed*« og foreslog derfor en ny ordlyd som definerede driftsomkostninger som:

»... de Udgifter, som have fundet Sted for at holde Næringen i Gang (Driftsomkostninger) hvorunder ogsaa indbefattes de ordentligviis forefaldende aarlige Reparationer af Bygninger, Maskiner, Redskaber, værktøi o.s.v.

Ligeledes maa fradrages, hvad der i Aarets Løb er anvendt til Anskaffelse af nye Gjenstande af fornævnte Art, forsaavidt disse træde i Stedet for opbrugte og cassetede Gjenstande af lignende Art, dog med Fradrag af disse sidstes Værdi, og kun forsaavidt en egentlig Forbedring eller en Udvidelse af Driften eller Næringen ikke derved er opnaaet eller direct har været tilsigtet.«

Lovforslaget blev dog aldrig til lov. Regeringen valgte ikke at fortsætte diskussionerne i Rigsdagen og trak forslaget tilbage, idet den ønskede at bruge mere tid på undersøgelser og overvejelser om, hvilken type beskatning man skulle vælge.¹² Desuden havde regeringen mere påtrængende opgaver at tage sig af på grund af krigssituationen. Lovforslaget og betænkningen fik dog en meget stor betydning for den videre udvikling i ordlyden af driftsomkostningsbegrebet.

I 1861¹³ indførtes en indkomstskat i Københavns kommune. I forarbejderne fremgik det, at loven i al væsentlighed var i overensstemmelse med betænkningen fra 1850. Definitionen af driftsomkostninger var her stort set identisk med første del af driftsomkostningsbestemmelsen i 1850, nemlig:

»de Udgifter som have fundet Sted for at holde Næringen i gang (Driftsomkostninger).«

Under behandlingen af lovforslaget fremsatte Københavns Magistrat bl.a. et forslag om, at ordlyden i loven alene skulle være » at Driftsomkostningerne blive at fradrage

¹¹ Rigsdagstidende 1850/51 Anhang B sp. 66.

¹² Rigsdagstidende 1850/51 sp. 6434-36.

¹³ Lov om Omordning af de kommunale Skatter i Staden København af 19. februar 1861, i Samling af Love og Anordninger m.v. 1860-1864 udgiven efter Indenrigsministeriets Foranstaltning 1865.

Indtægten«. ¹⁴ Dette begrundede man med, at de næringsdrivende og ligningskommissionerne i de fleste tilfælde fandt det umuligt at drage en bestemt grænse mellem, hvad der var »Udgift var for at holde Bedriften i Gang, og hvad der anvendes til Familiens Underhold og Betjening eller at adskille, hvorvidt en Reparation eller Anskaffelse af nyt Inventarium er en blot Vedligeholdelse af Driften i dens tidligere Omfang eller en Udvidelse.« Det blev anført, at »Under en saadan Uanvendelighed af disse detaillerede Bestemmelser synes det bedre at udelade dem, end at optage dem i Loven.«

Ordlyden blev dog ikke ændret.

Samme definition af driftsomkostninger anvendes stort set uændret i de indkomstskattelove, der udskrives i 1864, 1867 og 1870.

Først i 1903 ændres ordlyden til den, vi kender i dag, nemlig

»... de Udgifter, som i Aarets løb ere anvendte til at erhverve, sikre og vedligeholde Indkomsten...«.

Ordlyden ændredes med inspiration fra den tyske indkomstskattelov fra 1891, ¹⁵ på baggrund af et forslag fra Professor Falbe Hansen, ¹⁶ som finansministeren havde anmodet om at komme med bemærkninger til indkomstskatteloven fra 1870. ¹⁷ Falbe Hansen fandt, at bestemmelserne i den tidligere lov var »ufuldstændige og utydeligt affattet«, som han udtrykte det.

I forarbejderne til statsskatteloven af 1903 findes der ikke nogen bemærkninger om, hvilke overvejelser man har gjort sig ved at vælge at ændre formuleringen i forhold til indkomstskatteloven fra 1870.

Gennem tiden har der således været nogle problemer med at finde den mest anvendelige og klare formulering af, hvad der er driftsomkostninger, og når man har justeret ordlyden, har man typisk ikke kommenteret ændringen i forarbejderne.

3. Udviklingen i grænsedragningen over for private udgifter

Udgifter, der har privatforbrug som formål, er ikke afholdt med henblik på erhvervelse af indtægter og anses derfor ikke som fradragsberettigede udgifter.

Dette har man i hvert fald allerede fra begyndelsen af 1800-tallet været ret bevidst om. I et cirkulære ¹⁸ til indkomstskatteloven fra 1810 er det anført: »...at ingen er

¹⁴ Rigsdagstidende Anhang A - Udkast til Lov om Omordning af de kommunale Skatter i Staden København. Forelagt Folketinget d. 2. oktober 1860, bilag C sp. 773-75.

¹⁵ Den preussiske indkomstskattelov af 24. juni 1891.

¹⁶ Professor *Falbe Hansen* var direktør i Statens Statistiske Bureau og ikke mindst tidens store økonomiske vismand.

¹⁷ Bemærkninger om Indkomst- og Formueskat udarbejdede på Foranledning af Finansministeren af *V. Falbe Hansen*, Kbh. 1896.

¹⁸ Rentekammerets cirkulærer m.v. af 19. juni 1810 trykt i Kronologisk Register over de kongelige Forordninger og åbne Breve m.m. af *Jacob Henric Schou*, Kbh. 1812.

berettiget til at fradrage sine Indkomster, sin Huslejes Beløb undtagen forsaavidt noget heraf kan regnes til de Udgifter, som maa anvendes, for at Indkomsten kan bringes tilveje...». Samtidig nævnes at ingen Afgang i Indkomsten kan passere for Lønninger til saadanne Betiente som holdes til den Skatteydendes eller hans Families personlige Tjeneste«.

I lovforslaget til indkomstskatteloven fra 1850 kom der en mere klar angivelse i selve lovteksten af, hvad man anså for private udgifter, nemlig:

»Af al Indtægt ... som anvendes enten til egen eller Families Underhold, Nytte eller Behagelighed...«

Med nogle få variationer blev denne ordlyd gentaget i indkomstskattelovene fra 1861, 1864 og 1867. Den formulering, som kom til at fremgå af indkomstskatteloven fra 1870 og statsskatteloven af 1903 og som er forblevet uændret indtil i dag, var:

»Den beregnede Skatteindtægt er skattepligtig uden Hensyn til, hvorledes den anvendes, altså hvad enten den benyttes til egen eller Families Underhold, Betjening, Nytte eller Behagelighed...«

Selve ordlyden af, hvilke udgifter der anses for private og dermed ikke kan fradrages, stammer således stort set fra lovforslaget, som blev fremsat i 1850. Afgrænsningen mellem fradragsberettigede driftsomkostninger og private udgifter er ikke belyst i forarbejderne.

4. Udviklingen i grænsedragningen over for formueforøgelser, udvidelse af næring eller drift

Med hensyn til sontringen mellem drift og anlæg har denne også været anvendt langt tilbage i tiden.

Allerede i et cirkulære til 1810-loven ses det, at der var en klar adskillelse mellem drifts- og anlægsudgifter, idet der anføres følgende: »... ikke må fradrage deri hvad han har anvendt paa saadanne nye Anlæg og væsentlige Hovedforbedringer ved sin Ejendom, som er af den Beskaffenhed, at den derpaa anvendte Udgift kan sættes i Ligning med en Udgift anvendt til nye Ejendoms køb...«

Senere ses adskillelsen i lovforslaget til indkomstskatteloven i 1850 nemlig: »af al indtægt... som anvendes enten til... eller til Udvidelse af Næring eller Drift eller til Formues Forøgelse...«.

Og ved betænkningen uddybes det i den nye § 2, at der kan fradrages »..., hvad der i Aarets Løb er anvendt til Anskaffelse af nye Gjenstande af fornævnte Art, forsaavidt disse træde i Stedet for brugte og casserede Gjenstande af lignende Art, dog med Fradrag af disse sidstes Værdi, og kun forsaavidt en egentlig Forbedring eller en Udvidelse af Driften eller Næringen ikke derved er opnaaet eller direct har været tilsigtet«.

Formuleringen »af al indtægt... som anvendes enten til... eller til Udvidelse af Næring eller drift eller til Formues Forøgelse...« anvendes uændret i indkomstskattelovene fra 1861, 1864, 1867 og 1870.

Og endelig i 1903 blev ordlyden i statsskatteloven således:

»Den beregnede Skatteindtægt er skattepligtig uden Hensyn til, hvorledes den anvendes..., eller til Formueforøgelse, til Forbedring af Ejendom (nyt) til Udvidelse af Næring eller Drift...«

Denne sondring stammer således i hvert fald fra 1810. Grænsedragningen stammer måske fra regnskabsvæsenet, hvor principperne anvendtes i »det dobbelte bogholderi-princip«, ¹⁹ eller måske er det helt andre overvejelser, der har skabt denne sondring. Det kan i hvert fald ikke siges med sikkerhed, hvad der ligger bag denne sondring. Forarbejderne til de indkomstskattelove, der har været op gennem 1800-tallet, belyser i hvert fald ikke, hvilke overvejelser der ligger til grund for sondringen mellem drift og anlæg.

5. Sammenfatning og konklusion

I lyset af denne historiske gennemgang af driftsomkostningsbegrebets lovgrundlag kan det konstateres, at bestemmelsen er udformet på baggrund af de tidligere midlertidige indkomstskattelove. Den lov, som har haft størst betydning for udviklingen af ordlyden til driftsomkostningsbegrebet, må nok siges at være lovforslaget fra 1850 samt betænkningen hertil, som dog aldrig blev til lov, men som blev til stor inspiration for de efterfølgende indkomstskattelove helt op til 1903.

Med hensyn til, hvilke overvejelser man løbende har gjort sig ved udformningen af driftsomkostningsbegrebet, har forarbejderne til de forskellige indkomstskattelove ikke bidraget væsentligt. For eksempel blev formuleringen »erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten« indsat i 1903 loven uden nogen form for bemærkninger.

Man har således tilsyneladende ikke haft nogen principielle betragtninger om driftsomkostningsbegrebet. Der kan derfor ikke drages nogen konklusion om, hvorfor driftsomkostningsbegrebet er blevet, som det er.

Driftsomkostningsbegrebets ordlyd er i vor tid blevet nøje studeret for at udfinde, hvilken betydning statsskattelovens formuleringer kunne tænkes at have haft. Det lidt skiftende ordvalg af driftsomkostningsbegrebet i de forskellige indkomstskattelove findes ikke at kunne tillægges nogen betydning, idet de ikke repræsenterer et holdningsskift imellem dem. Der er hverken sket en indsnævring eller en udvidelse af driftsomkostningsbegrebet. De bemærkninger, der har været omkring ændring af ordlyden, har mere været et spørgsmål om, at man ville finde den mest klare og hensigtsmæssige formulering af driftsomkostningsbegrebet.

Statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a og stk. 2 er således udviklet på et historisk grundlag med et meget sparsomt fortolkningsbidrag i forarbejderne og de dertil knyttede cirkulærer, anvisninger mm. om baggrunden for bestemmelsens ordlyd. Man skal derfor være meget forsigtig med ikke at overspænde fortolkningen af ordlyden.

Den grundlæggende forklaring på det meget begrænsede fortolkningsbidrag i forarbejderne til baggrunden for udformningen af driftsomkostningsbegrebet må være dels indkomstskattens betydning, dels skatteprocenten og dels samfundsforholdene på denne tid.

¹⁹ Jf. I.A. Strobel i RR 1973.537.

Driftsomkostningsbegrebet stammer fra en tid, hvor indkomstkatten havde en meget minimal betydning. For staten var indkomstkatten alene ofte en mindre supplementskat til de øvrige direkte og indirekte skatter. F.eks. ses det i § 5 i den Københavnske indkomstskattelov fra 1861, at det alene var, hvis kommunens udgifter ikke kunne dækkes ved andre skatter eller byens øvrige indtægter, at der skulle udskrives en indkomstskat. Samtidig var skatteprocenterne i de tidligere skattelove meget beskedne og blev ofte kun udskrevet som engangsskatter.

Ved statsskattelovens vedtagelse i 1903 udgjorde skatteprocenterne følgende:

Indkomstskatteskalaen jf. lov nr. 104 af 15. maj 1903	
Indtægter	Skatteprocenter
Under 2.000	1,3
2.000 eller derover men under 3.000	1,4
3.000 - 4.000	1,5
4.000 - 6.000	1,6
6.000 - 8.000	1,7
8.000 - 10.000	1,8
10.000 - 15.000	1,9
15.000 - 20.000	2,0
20.000 - 30.000	2,1
30.000 - 40.000	2,2
40.000 - 50.000	2,3
50.000 - 100.000	2,4
100.000 eller derover	2,5

I den skattepligtige indkomst kunne der fratrækkes et personfradrag på henholdsvis 800 kr. i København, 700 kr. i købstæderne mm. og 600 kr. i landkommunerne. For børn under 15 år kunne der fradrages 100 kr. pr. barn i København, 85 kr. pr. barn i købstæderne og 70 kr. pr. barn i landkommunerne.

Danmarks befolkning udgjorde i finansåret 1897-98 ca. 2,3 mio. fordelt med 345.000 indbyggere i København, 394.000 i købstæderne og 1.561.000 i landkommunerne.²⁰

Af disse ca. 2,3 mio. indbyggere var der i alt 1.087.926 personer over 18 år, men med fradrag af kvinder samt disses indtægter. Fordelingen af indkomsterne for disse fremgår af tabel 2.

²⁰ Rigsdagstidende 96/97 Tillæg A sp. 3637.

Tabel 2:

Indkomstgrupper efter skatteenedsættelsen for skatteåret 1904-05, fordelt på landsdele				
Antal personer over 18 år med fradrag af gifte kvinder samt disses indtægt				
	Hovedstaden	Provinsbyerne	Landdistrikterne	Hele landet
Under skattegrænsen	140.207	135.260	436.732	712.199
Fra skattegrænsen til 799 kr.		7.720	53.761	61.481
800-999 kr.	16.156	19.375	42.200	77.731
1.000-1.199 kr.	31.477	13.623	27.114	72.214
1.200-1.499 kr.	21.054	10.805	23.552	55.411
1.500-1.999 kr.	14.356	8.418	22.006	44.780
2.000-2.999 kr.	9.467	6.836	16.416	32.719
3.000-3.999 kr.	4.075	2.935	4.669	11.679
4.000-5.999 kr.	4.087	2.706	2.980	9.773
6.000-9.999 kr.	2.659	1.688	1.283	5.630
10.000-14.999 kr.	1.194	531	386	2.111
15.000-19.999 kr.	477	176	156	809
20.000-49.999 kr.	777	147	191	1.115
50.000-99.999 kr.	125	13	53	191
100.000 og derover	39	4	40	83
I alt	246.150	210.237	631.539	1.087.926

(Kilde: Statistisk Årbog fra 1905 fra Danmarks Statistik, del af tabel 133).

Af statistikken kan udledes, at i alt 773.680 personer ikke havde nogen indkomst at beskatte. Det var således alene 314.246 personer, som havde indkomst til beskatning.

Af dem havde 250.136 skatteydere en indkomst på under 2.000 kr. og dermed en skatteprocent på 1,3 pct., jf. tabel 1, og alene 83 personer i hele landet havde en indkomst på 100.000 kr. eller derover og blev dermed beskattet med den maksimale beskatningsprocent på 2,5 pct.

Skattetrykket har således været på et relativt beskedent niveau, og man har derfor ikke tillagt driftsomkostningsbestemmelsen nogen særlig stor betydning.

Samtidig var det på denne tid de færreste, som udarbejdede et egentligt regnskab. Den overvejende del af befolkningen levede af landbruget. Og den største del af landbefolkningen havde ikke noget fuldstændigt overblik over, hvad de tjente, idet de slet ikke eller kun meget ufuldstændigt førte regnskab. De skattepligtige indkomster blev derfor ofte opgjort på grundlag af indirekte opgørelser baseret på formuebevægelserne i perioden fra årets begyndelse til årets afslutning samt et skøn over privatforbruget. Der har således formentlig ikke været de store kontroverser om, hvad der var fradragsberettiget, og hvad der ikke var.

Afgrænsningsproblemerne opstår først senere i takt med, at skatteprocenten stiger væsentligt op gennem 1900-tallet og frem til i dag. Endvidere begynder flere og flere efterhånden at udarbejde regnskaber, og dermed opstår en større opmærksomhed omkring afgrænsningsproblemerne.

Ledelsesstrukturen i danske SE-selskaber

af

Søren Friis Hansen

1. Det europæiske aktieselskab som ny selskabsform

1.1 Emnet for undersøgelsen

Den 8. oktober 2004 træder Forordningen om det europæiske aktieselskab (i det følgende forkortet: »SEF«) i kraft.¹ Det europæiske aktieselskab betegnes som »*Societas Europaea*«, hvorfor den almindelige betegnelse for selskabet er »SE« eller »SE-selskabet«, jf. SE-Forordningens Artikel 1. Med vedtagelsen af SE-Forordningen er godt 40 års arbejde med skabelsen af et europæisk aktieselskab blevet omsat til politisk og juridisk virkelighed.² SE-Forordningen giver anledning til en meget lang række retlige overvejelser, der vedrører forskellige retsområder. Et område, der er af væsentlig betydning for, i hvilket omfang SE-selskabet bliver en succes, er således den skatteretlige behandling af SE-selskaber.³ En afgørende årsag til, at de hidtidige udkast til en SE-Forordning ikke har kunnet samle tilstrækkelig opbakning blandt medlemsstaterne, er den store indbyrdes uenighed vedrørende reglerne om medarbejdernes adgang til repræsentation i SE-selskabets ledelsesorganer. En væsentlig del af de retlige problemer, der er knyttet til SE-Forordningen, er selvsagt af selskabsretlig karakter. Et problem, der tidligt optog sindene i forbindelse med SE, er således spørgsmålet om SE-selskabets ledelsesstruktur. Inden for EU sondres traditionelt mellem to forskellige systemer for organisationen af aktieselskabers ledelsesstruktur.

I nogle af EU's medlemsstater foreskriver lovgivningen vedrørende almindelige aktieselskaber således en *dualistisk ledelsesstruktur*. Dette system betegnes i SE-Forordningen som »*Det tostrengede system*«. Herved forstås, at aktieselskabers ledelse skal være opdelt i to selvstændige organer, således at det ene organ har ansvaret for den daglige ledelse af selskabets virksomhed, medens det andet organ på vegne af aktionærerne fører tilsyn med ledelsesorganet. Som eksempel på et tostrengt system fremhæves sædvanligvis Tyskland. I andre medlemsstater

¹ Jf. Forordning nr. 2157/EØF, gengivet i EFT L 2001 nr. 294, s. 1 ff. I det følgende betegnes denne forordning som »SE-Forordningen«, eller forkortet: »SEF«.

² Litteraturen vedrørende SE-selskabets historie er særdeles omfattende. Se for en redegørelse vedrørende den historiske udvikling af SE-selskabet eksempelvis senest *Francoise Blanquet*, ZGR 2002, s. 21-33 og *Manfred Heinze*, ZGR 2002, s. 66-76.

³ Se for et dansk perspektiv vedrørende den skatteretlige behandling af SE-selskaber *Jacob Winther*, TfS 2002.693.

foreskriver lovgivningen vedrørende aktieselskaber en *monistisk ledelsesstruktur*, kaldet »*Det enstrengede system*« i SE-Forordningen. Dette system indebærer, at ledelsen af selskabets virksomhed varetages af et enkelt organ. Dog er medlemmerne af det pågældende organ sædvanligvis opdelt i to undergrupper: de ledelsesmedlemmer der varetager den daglige ledelse af selskabet, og de der varetager den overordnede ledelse. Som eksempel på det enstrengede system fremhæves sædvanligvis Storbritannien.

Emnet for denne undersøgelse er SE-Forordningens regler vedrørende SE-selskabers ledelsessystem set i et dansk perspektiv. De relativt komplicerede regler vedrørende medarbejderrepræsentation i SE-selskaber, der findes i et særligt direktiv, vil således ikke blive inddraget i undersøgelsen, medmindre disse undtagelsesvis har direkte relevans for spørgsmålet om SE-selskabets ledelsesstruktur.⁴

SE-Forordningens bestemmelser vedrørende SE-selskabers ledelsesstruktur indebærer, at de enkelte medlemsstater må tage stilling til, i hvilket omfang lovgiver ønsker at indføre særlige regler vedrørende den ledelsesstruktur, der ikke kendes i den pågældende medlemsstat.⁵ Dette valg skal træffes i forbindelse med gennemførelse af den nationale følgelovgivning, der skal gennemføres som et resultat af SE-Forordningen. Det absolut seneste tidspunkt for vedtagelse af den danske følgelovgivning er foråret 2004. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har allerede i et stykke tid arbejdet med de mange problemer, der skal tages stilling til i dansk ret som en følge af introduktionen af SE-selskabet. I 2002 har myndighedernes ressourcer primært været anvendt på Danmarks formandskab i EU. I løbet af 2003 må overvejelserne om dansk følgelovgivning vedrørende SE-selskaber imidlertid konkretiseres til et egentligt lovforslag, hvis følgelovgivningen skal kunne være på plads inden oktober 2004.

1.2 SE-Forordningens reguleringssystematik

I 1970 blev det første egentlige udkast til en SE-Forordning offentliggjort. Dette forslag blev afløst af et fornyet udkast i 1975. De to første udkast til SE-Forordningen var opbygget som en egentlig aktieselskabslov, der regulerede selskabets liv fra fødsel til død. Det er ikke forkert at sige, at de oprindelige udkast havde stærke lighedstræk med den tyske aktieselskabslovgivning.⁶ På grund af den megen modstand, som de oprindelige udkast til en SE-Forordning blev mødt med, ændrede Kommissionen strategi. Den nye fremgangsmåde fra Kommissionen kom til udtryk i det reviderede udkast til en SE-Forordning fra 1989, der hurtigt blev afløst af endnu et revideret udkast i 1991. Med disse forslag skiftede SE-selskabet karakter. Omfanget af bestemmelser i forordningen var nu blevet væsentligt reduceret.

⁴ Se nærmere om reglerne vedrørende medarbejderrepræsentation i SE-selskaber fra et dansk perspektiv, *Ruth Nielsen*, NTS 2002, s. 240-55.

⁵ Det system, der ikke anvendes for almindelige aktieselskaber i en medlemsstat, vil i det følgende blive betegnet som »*det alternative ledelsessystem*«.

⁶ Jf. *Würdinger*, *Der Betrieb* 1975, s. 1301, der påpeger den fremherskende indflydelse fra tysk retsteknik på de af Kommissionen fremlagte forslag til en SE-Forordning.

Gennem en betydelig anvendelse af henvisninger til national ret (såkaldte »renvoi-bestemmelser«) blev ideen om et egentligt fælleseuropæisk aktieselskab i realiteten opgivet.⁷ I stedet opstår der fra 8. oktober 2004 ikke færre end 15 forskellige SE-selskaber, idet dette tal øges yderligere, såfremt der sker en udvidelse af kredsen af medlemsstater.

Det oprindelige formål med harmoniseringen af selskabsretten i EU var at fjerne enhver forskel mellem de nationale lovgivninger vedrørende aktieselskaber. Det har imidlertid vist sig, at det ikke er realistisk at opnå dette mål. Som alternativ til en fuldstændig harmonisering af de enkelte medlemsstaternes selskabsret har en accept af konkurrence mellem medlemsstaternes lovgivning langsomt, men sikkert vundet indpas på det selskabsretlige område.⁸ Med SE-Forordningen er accepten af konkurrence mellem medlemsstaternes retssystemer endeligt slået fast.⁹ Det tillades således, at et SE-selskab kan skifte nationalitet under iagttagelse af visse kauteler til beskyttelse af minoritetsaktionærer, kreditorer og medarbejdere, jf. nærmere SEF Artikel 8. SE-selskabets nationalitet fastlægges gennem henvisning til den stat, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, idet det vedtægtsmæssige hjemsted skal være sammenfaldende med selskabets faktiske hjemsted, jf. SEF Artikel 7. På denne måde er der for så vidt angår SE-selskaber erklæret våbenhvile i striden mellem hovedsædeteorien og registreringsteorien.¹⁰

Bestemmelserne i SE-Forordningen kan kategoriseres i tre forskellige typer af bestemmelser. For det første indeholder forordningen visse bestemmelser, der er af egentlig fællesskabsretlig karakter, idet disse gælder umiddelbart for alle SE-selskaber uden hensyn til selskabets nationalitet. Dette gælder således reglerne vedrørende stiftelse af SE-selskaber (Artiklerne 2, 4, 7, samt Artiklerne 15-37), muligheden for at selskabet kan skifte nationalitet (Artikel 8), samt reglerne om SE-selskabets ledelsesstruktur (Artiklerne 38-51).

SE-selskabet er underlagt forskellige regler, herunder SE-Forordningen, nationale regler, der gælder for almindelige aktieselskaber i SE-selskabets hjemland, samt selskabets vedtægter. Det indbyrdes hierarki mellem disse forskellige retskilder er nærmere fastlagt i SEF Artikel 9. I det omfang national ret vedrørende aktieselskaber

⁷ Se hertil eksempelvis *Lutter*, Die Aktiengesellschaft 1990, s. 414, der anfører, at SE-selskabet oprindeligt var tænkt som en fast øi farvandet mellem de enkelte medlemsstaters nationale retsordninger. Efter Lutters opfattelse medfører den udbredte anvendelse af renvoi-bestemmelser, at hvert enkelt SE-selskab i stedet bliver et selvstændigt skib, der sejler mellem medlemsstaternes retsordninger. Se tillige *Heinze*, ZGR 2002, s. 24 f., der anfører, at SE-selskabet har udviklet sig til en slags hybridform, som er underkastet regulering af såvel fællesskabsret som national ret.

⁸ Jf. *Søren Friis Hansen*, Juridisk Institut, Julebog 2000, s. 299-323 (s. 300 f.), med henvisninger.

⁹ Se hertil eksempelvis *Karsten Engsig Sørensen*, Samarbejde mellem selskaber i EF (1993), s. 320.

¹⁰ Jf. om de to konkurrerende teorier til fastlæggelse af selskabers nationalitet *Mette Neville*, Juristen 1997, s. 145-72, og *Søren Friis Hansen*, Juridisk Institut, Julebog 1999, s. 143-74, begge med henvisninger.

finder anvendelse, skal SE-selskabet betragtes som et nationalt aktieselskab, jf. SEF Artikel 10, samt tillige Artikel 3, stk. 1, samt Artikel 9, stk. 1, litra c. Den retlige regulering af SE-selskabet er således forankret i den medlemsstat, hvor det pågældende SE-selskab har sit vedtægtsmæssige og faktiske hjemsted. Et SE-selskab er således hjemmehørende i Danmark, såfremt selskabet har sit vedtægtsmæssige og faktiske hjemsted her i landet. SE-Forordningens systematik gør det således nødvendigt, at der sondres mellem udsagn vedrørende gældende ret for *SE-selskaber* (generelt) og udsagn vedrørende gældende ret for *danske SE-selskaber* (hhv. svenske, tyske finske osv. SE-selskaber), hvorved forstås SE-selskaber, der har hjemsted her i landet. Denne lovgivningsteknik er i øvrigt ikke ny. En lignende reguleringsstruktur findes således allerede i forordningen om Europæiske Økonomiske Firmagrupper, jf. EØFG-Forordningens Artikel 2, stk. 1.¹¹

1.3 SE-selskabers ledelsesstruktur

I SE-Forordningen er den langvarige diskussion mellem det monistiske og det dualistiske ledelsessystem løst på den måde, at de enkelte SE-selskaber har valgfrihed for så vidt angår selskabets organisation. Det følger således af SEF Artikel 38, litra b, at der i det enkelte SE-selskabs vedtægter skal træffes beslutning om et valg mellem de to ledelsessystemer for det pågældende selskab. Det følger af SE-Forordningen, at hver enkelt medlemsstat har visse valgmuligheder vedrørende reguleringen af ledelsesstrukturen for SE-selskaber, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat. Generelt tillader medlemsstaternes aktieselskabslovgivning alene, at der for så vidt angår almindelige nationale aktieselskaber opereres med et bestemt ledelsessystem (enstrengt eller tostrengt). Spørgsmålet bliver herefter, hvorledes SE-selskaber er stillet i forhold til *det alternative ledelsessystem*, hvorved forstås det system, der ikke kan anvendes af almindelige aktieselskaber i den pågældende medlemsstat.

Såfremt en medlemsstat alene foreskriver et *monistisk* ledelsessystem for de almindelige aktieselskaber, der er hjemmehørende i den pågældende stat, er medlemsstaten berettiget til at indføre særlige regler vedrørende et dualistisk ledelsessystem for de SE-selskaber, der er hjemmehørende i staten, jf. SEF Artikel 39, stk. 5.¹² På tilsvarende vis gælder, at en medlemsstat, der alene foreskriver et

¹¹ Jf. Forordning nr. 2137/85, der er gengivet i EFT L nr. 199 af 31. juli 1985, s. 1 ff. Se om det retskildemæssige hierarki for så vidt angår firmagrupper hos Schwartz, *Europäisches Gesellschaftsrecht* (1999), s. 587-92.

¹² Bestemmelsen i SEF Artikel 39, stk. 5, lyder som følger: »Hvis der i en medlemsstat ikke findes bestemmelser om et tostrengt ledelsessystem for aktieselskaber med hjemsted på dens område, kan medlemsstaten vedtage passende foranstaltninger vedrørende SE-selskaber«. Den engelske tekst vedr. SEF Artikel 39, stk. 5, lyder som følger: »Where no provision is made for a two-tier system in relation to public limited-liability companies with registered offices within its territory, a Member State may adopt the appropriate measures in relation to SEs«. Den tyske tekst lyder: »Enthält das Recht eines Mitgliedstaates in Bezug auf Aktiengesellschaften mit Sitz in seinem Hoheitsgebiet keine Vorschriften über ein dualistisches System, kann dieser Mitgliedstaat entsprechende Vorschriften in Bezug auf SE erlassen«. Se Werlauff, SE-selskabet (2002), s. 74 f., der kritiserer den noget uklare formulering af SEF Artikel 39, stk. 5.

dualistisk ledelsessystem for nationale aktieselskaber, kan indføre særlige regler vedrørende et monistisk ledelsessystem for SE-selskaber, der er hjemmehørende i medlemsstaten, jf. SEF Artikel 43, stk. 4.

Forordningen sidestiller generelt et SE-selskab med aktieselskaber, der er hjemmehørende i den medlemsstat, hvor det pågældende SE-selskab er hjemmehørende, jf. SEF Artikel 10. En medlemsstat kan alene indføre særlige bestemmelser, som gælder for SE-selskaber, men som ikke gælder for nationale aktieselskaber, i det omfang der er særskilt hjemmel hertil i SE-Forordningen. Dette indebærer, at en medlemsstat ikke kan fastsætte særregler for SE-selskaber vedrørende det ledelsessystem, der allerede foreskrives for nationale aktieselskaber.¹³ I en medlemsstat, der foreskriver et monistisk ledelsessystem for almindeligeaktieselskaber, kan der således ikke indføres særlige regler vedrørende et monistisk ledelsessystem, som alene gælder for SE-selskaber med hjemsted i den pågældende medlemsstat, jf. SEF Artikel 43, stk. 4, idet adgangen til at indføre særregler vedrørende det monistiske ledelsessystem alene gælder for de medlemsstater, der foreskriver et dualistisk system for nationale aktieselskaber. Der er imidlertid intet til hinder for, at de særregler, som en medlemsstat indfører for SE-selskaber vedrørende det alternative ledelsessystem, tillige gøres anvendelige på nationale aktieselskaber, således at disse også får mulighed for at vælge mellem de to forskellige ledelsessystemer.

Nogle forfattere har antaget, at de enkelte medlemsstater kan afskære SE-selskaber fra at vælge mellem det enstrengede og det tostrengede ledelsessystem i det omfang, der ikke gælder en sådan valgfrihed for almindelige aktieselskaber, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat.¹⁴ Det må imidlertid antages, at adgangen for SE-selskaber til at vælge mellem de to ledelsessystemer er fastlagt udtrykkeligt ved bestemmelsen i SEF Artikel 38, litra b.¹⁵ Dette må indebære, at det enkelte SE-selskab har *en ufravigelig ret* til at træffe et valg mellem de to foreskrevne ledelsessystemer, og at selskabets valg under alle omstændigheder skal respekteres af de enkelte medlemsstater, jf. forudsætningsvis SEF Artikel 9, stk. 1, litra b. Valgfriheden for SE-selskaber vedrørende de to foreskrevne ledelsessystemer er således ikke berørt af, hvilket ledelsessystem, der foreskrives for almindelige aktieselskaber med hjemsted i den medlemsstat, hvor SE-selskabet er hjemmehørende.¹⁶

¹³ Jf. *Christoph Teichmann*, ZGR 2002, s. 399 f.

¹⁴ Se hertil Werlauff, SE-Selskabet (2002), s. 71, og EU-selskabsret (3. udg. 2002), s. 145 f., der antager, at en medlemsstat, der ikke tillader et tostrengt ledelsessystem for almindelige aktieselskaber, kan *forbyde* et sådant system for SE-selskaber med hjemsted i medlemsstaten. Se i samme retning Bungert / Beier, EWS 2002, s. 3 ff.

¹⁵ Det fremgår af bestemmelsen i SEF Artikel 38, litra b, at ledelsen i et SE-selskab består af enten et eller to organer, »... *afhængigt af, hvilken af mulighederne, der er valgt i vedtægterne*«.

¹⁶ Jf. tilsvarende *Lutter*, BetriebsBerater 2002, s. 4 og *Christoph Teichmann*, ZGR 2002, s. 442. (fortsættes...)

Der er intet krav om, at medlemsstaterne indfører særregler for det alternative ledelsessystem. Såfremt en medlemsstat måtte vælge *ikke* at indføre særlige bestemmelser vedrørende det alternative ledelsessystem, vil dette imidlertid skabe væsentlige praktiske vanskeligheder for de SE-selskaber, der måtte ønske at etablere sig med hjemsted i den pågældende medlemsstat. Da hver enkelt medlemsstat har en interesse i, at så mange SE-skaber som muligt etablerer sig med hjemsted i netop den pågældende stat, må det forventes, at de fleste medlemsstater vil indføre særlige bestemmelser vedrørende den alternative ledelsesstruktur for SE-selskaber.¹⁷

2. SE-Forordningens regler om selskabets organisation

2.1 Det dualistiske ledelsessystem

Det gælder for alle SE-selskaber, at selskabets organisation skal bestå af en generalforsamling og en ledelse, jf. SEF Artikel 38. I SE-selskabets vedtægter skal der træffes bestemmelse om, hvorvidt ledelsen skal være organiseret efter det monistiske (enstrengede) eller det dualistiske (tostrengede) system, jf. SEF Artikel 38, litra b. Såfremt det er bestemt, at der skal være et tostrengt ledelsessystem, skal der i hvert selskab etableres et ledelsesorgan og et tilsynsorgan. Ledelsesorganet varetager på eget ansvar ledelsen af selskabet, jf. SEF Artikel 39, stk. 1. Medlemmerne af ledelsesorganet ansættes og afskediges af tilsynsorganet, jf. SEF Artikel 39, stk. 2. Der kan være et eller flere medlemmer af ledelsesorganet. Såfremt det efter national ret er muligt at henlægge valget af ledelsesorganet til generalforsamlingen, kan en tilsvarende ordning indføres for SE-selskaber. Medlemmerne af tilsynsorganet vælges af generalforsamlingen, jf. SEF § 40, stk. 2, idet nationale regler vedrørende en ret for en minoritet til at udpege medlemmer af tilsynsorganet ikke berøres af denne bestemmelse, jf. SEF Artikel 47, stk. 4. Medarbejderne i de nationale aktieselskaber, der deltager i stiftelsen af et SE selskab, skal være sikret samme ret til medarbejderrepræsentation i SE-selskabet, som de har haft i de nationale aktieselskaber, der indgår i stiftelsen af SE-selskabet.¹⁸

Der skal være vandtætte skodder mellem de to ledelsesorganer, idet der ikke må forekomme personsammenfald inden for det enkelte selskab mellem tilsynsorganet og ledelsesorganet, jf. SEF Artikel 39, stk. 3. Dog kan tilsynsorganet udpege et af sine medlemmer til at fungere som medlem af ledelsesorganet, idet den pågældendes

¹⁶ (...fortsat)

Se tilsvarende *Francoise Blanquet*, ZGR 2002, s. 49, der fremhæver, at det i modsætning til, hvad der var foreslået i forordningsudkastet fra 1991, ikke i henhold til den vedtagne forordning er muligt for en medlemsstat at påtvinge SE-selskaber det ledelsessystem, der er foreskrevet for nationale aktieselskaber, og som tillige understreger, at dette er et område, hvor aftalefriheden vedrørende selskabets vedtægter har særlig betydning. Se endelig tilsvarende *Jacob Hjortshøj og Tomas Krüger Andersen*, NTS 2001, s. 478, samt *Paul Krüger Andersen*, *Aktie- og anparts-selskabsret* (7. udg. 2002), s. 104.

¹⁷ Se hertil *Christoph Teichmann*, ZGR 2002, s. 400, der anbefaler, at der af hensyn til konkurrencen mellem medlemsstaterne indføres valgmulighed for SE-selskaber, der har hjemsted i Tyskland.

¹⁸ Se om det såkaldte »før og efter- princip«, *Ruth Nielsen*, NTS 2002, s. 240 f. og s. 253 f.

hvert i tilsynsorganet suspenderes, så længe vedkommende fungerer som medlem af ledelsesorganet. Tilsynsorganet skal blandt sine medlemmer vælge en formand, jf. SEF Artikel 42.

Ledelsesorganet skal mindst hver tredje måned underrette tilsynsorganet om selskabets anliggender og dets forventede udvikling, jf. SEF Artikel 41, stk. 1, og ledelsesorganet har desuden pligt til at underrette tilsynsorganet om alle forhold, der kan tænkes at få væsentlig betydning for selskabet, jf. SEF Artikel 41, stk. 2. Tilsynsorganets kompetence i et tostrengt ledelsessystem er fastlagt i SEF Artikel 40. I henhold til SEF Artikel 40, stk. 1, har tilsynsorganet til opgave at føre tilsyn med ledelsesorganets varetagelse af ledelsen. Tilsynsorganet kan ikke selv forstå ledelsen af selskabet, jf. SEF Artikel 40, stk. 1, 2. pkt.

2.2 Det monistiske ledelsessystem

I SE-selskaber, der har valgt det monistiske ledelsessystem, skal der etableres et administrationsorgan. Dette organ varetager ledelsen af SE-selskabet, jf. SEF Artikel 43, stk. 1. Medlemsstaterne kan i overensstemmelse med de regler, der gælder for statens almindelige aktieselskaber, bestemme, at der udpeges et eller flere medlemmer af administrationsorganet, som tillægges ansvaret for den daglige ledelse af selskabet. Medlemmerne af administrationsorganet udpeges af generalforsamlingen, jf. SEF-artikel 43, stk. 3, idet nationale regler vedrørende udpegningsret for myndigheder, minoritetsaktionærer eller andre skal respekteres, jf. SEF Artikel 47, stk. 4. Endvidere skal medarbejdernes ret til at vælge repræsentanter til selskabets ledelse respekteres. Såfremt der vælges medarbejderrepræsentanter til selskabets ledelse, skal administrationsorganet bestå af mindst tre medlemmer.

Administrationsorganet skal vælge en formand blandt medlemmerne, jf. SEF Artikel 45. Administrationsorganet skal mødes hver tredje måned med henblik på drøftelse af SE-selskabets anliggender og deres forventede udvikling, jf. SEF Artikel 44, stk. 1. Ethvert medlem af administrationsorganet skal have adgang til alle de oplysninger, som organet modtager, jf. SEF Artikel 44, stk. 2.

2.3 Fælles regler

SE-Forordningen indeholder i Artiklerne 46-51 en række bestemmelser, der er fælles for selskaber, som er organiseret med hhv. det monistiske og det dualistiske ledelsessystem.

For alle medlemmer af selskabets organer gælder, at der i vedtægterne skal fastlægges en valgperiode på højst seks år, jf. SEF-Artikel 46, stk. 1, idet de enkelte medlemmer kan genvælges. Som udgangspunkt er det alene fysiske personer, der kan vælges til medlemmer af selskabets organer. I det omfang det tillades i national ret at vælge juridiske personer som organmedlemmer i nationale aktieselskaber, kan det bestemmes i SE-selskabets vedtægter, at en juridisk person kan indtræde som organmedlem. I så fald skal der udpeges en fysisk person, som repræsenterer den juridiske person i SE-selskabets ledelse, jf. SEF Artikel 47, stk. 1, 2. pkt. De almindelige habilitets- og vandelskrav, der gælder for medlemmer af selskabers organer efter national ret, gælder for medlemmer af SE-selskabets organer, jf. SEF Artikel 47, stk. 2, litra a. Der kan med hjemmel i vedtægterne fastsættes særlige

habilitetskrav til selskabets organmedlemmer i overensstemmelse med de for medlemsstatens almindelige aktieselskaber gældende regler for så vidt angår de medlemmer, der vælges på generalforsamlingen, jf. hertil SEF Artikel 47, stk. 3. Der kan ikke i vedtægterne stilles særlige krav til de enkelte organmedlemmers nationalitet.¹⁹

SE-Forordningen opstiller en række rammebestemmelser vedrørende kompetencefordelingen mellem de enkelte ledelsesorganer. SE-selskabets vedtægter skal indeholde bestemmelse om, hvilke typer af transaktioner der skal godkendes af tilsynsorganet, hhv. vedtages i administrationsorganet, jf. SEF Artikel 48, stk. 1. Medlemsstaterne kan give tilsynsorganet hjemmel til at fastlægge bestemmelser vedrørende særlige typer af transaktioner, der skal forelægges tilsynsorganet til godkendelse, jf. SEF Artikel 48, stk. 2.

SE-selskabets organer er beslutningsdygtige, når mindst halvdelen af organets medlemmer er til stede eller er repræsenteret, jf. SEF Artikel 50, stk. 1, litra a. Beslutninger i det enkelte organ træffes med simpelt flertal blandt de fremmødte eller repræsenterede organmedlemmer, jf. SEF Artikel 50, stk. 1, litra b. En person, der er medlem af et ledelsesorgan i et SE-selskab, er underlagt tavshedspligt for så vidt angår oplysninger, der ville kunne skade selskabet, såfremt de blev offentliggjort, jf. SEF Artikel 49.²⁰ Tavshedspligten er underlagt de begrænsninger, der måtte følge af national ret.

3. Ledelsessystemet i danske aktieselskaber indtil 1973

3.1 ASL 1917 og dennes forarbejder

Set i et dansk perspektiv medfører den valgfrihed mellem to ledelsessystemer, der er indført med SE-Forordningen, at den danske lovgiver må træffe en række valg inden oktober 2004. For det første må det klarlægges, hvilket af de to konkurrerende ledelsessystemer, der foreskrives i den danske aktieselskabslov. For det andet vil det være hensigtsmæssigt, at der udformes særlige danske regler for det alternative ledelsessystem. En væsentlig forudsætning for at kunne træffe disse valg er kendskab til den historiske udvikling af ledelsessystemet for danske aktieselskaber.

Indtil 1917 var danske aktieselskaber ikke undergivet særlig selskabsretlig lovgivning, når der bortses fra enkelte regler vedrørende selskabets navn og tegningsret i firmaloven. Dette indebar selvsagt, at selskaberne var frit stillede for så vidt angik fastlæggelse af selskabets organisation. I løbet af 1800'tallet udviklede der sig en praksis i dansk erhvervsliv, hvorefter bestyrelsen i de selskaber, der var organiseret med to ledelsesorganer, i et vist omfang tog del i den daglige ledelse af selskabet.²¹

¹⁹ Dette følger af EF-Domstolens afgørelse i sagen C-281/98 (Angonese), jf. hertil *Søren Friis Hansen*, Juridisk Institut, Julebog 2000, s. 311 f.

²⁰ Se hertil *Werlauff*, SE-selskabet (2002), s. 82 f., der påpeger, at den danske version af forordningen er uheldigt formuleret.

²¹ Jf. *Torp*, Om Interessentskab (3. udg. 1904), s. 263 f., hvor det hedder: »Medens forskellige (fortsættes...)»

Ved udgangen af 1800-tallet havde størstedelen af de europæiske stater gennemført en lovregulering af aktieselskabernes forhold. I Danmark tog udviklingen mod en aktieselskabslov imidlertid først fart efter år 1900. I 1901 afgav Aktielovskommissionen et forslag til en dansk aktieselskabslovgivning (»KU 1901«). Aktielovskommissionen udarbejdede under forsæde af professor Carl Torp, en fornyet betænkning i 1910, der indeholdt et revideret forslag til en lov om aktieselskaber (»KU 1910«).²² De to tidlige kommissionsudkast var baseret på et tostrengt ledelsessystem. Det blev således foreskrevet i KU 1901, at:

KU 1901 § 39, stk. 1: *»Selskabets Forretninger ledes af en eller flere Direktører. For saa vidt Vedtægterne ikke give andre Regler derom, træffes Beslutning om Direktørers Ansættelse, Suspension og Afskedigelse samt om Forretningers Fordeling mellem Direktionens Medlemmer af Bestyrelsen (§ 40) eller, hvor en saadan ikke findes, af Generalforsamlingen.«*

KU 1901 § 40: *»I ethvert Selskab, der driver Bank- eller Forsikringsvirksomhed, skal der tillige findes en Bestyrelse bestaaende af mindst tre Aktieejere, valgte af Generalforsamlingen. Det samme gælder for andre Selskaber med en Aktiekapital af mindst 100.000 Kr., med mindre Medlemmernes Antal ikke overstiger 10, og alle Aktier skulle lyde på Navn og ikke kunne overdrages uden Selskabets Samtykke. Bestyrelsens Medlemmer kunne ikke vælges for længere Tid end 5 Aar ad Gangen. For saa vidt Vedtægterne ikke give andre Regler derom, fastsættes Området for Bestyrelsens Myndighed og dens Pligter overfor Selskabet af Generalforsamlingen. Denne kan til enhver Tid afsætte Bestyrelsen, i hvilket Tilfælde Bestemmelserne i § 39, 2det Stykke finde tilsvarende Anvendelse.«*

KU 1901 § 41: *»Stillingerne som Medlem af Direktionen og som Medlem af Bestyrelsen kunne ikke forenes. Dog kan Bestyrelsen i en Direktørs Forfald midlertidig konstituere et af sine Medlemmer som Direktør, naar Antallet af Bestyrelsesmedlemmer ikke derved kommer under 3. Saa længe Konstitutionen varer kan den pågældende ikke udøve Stemmeret i Bestyrelsen.«*

Det bemærkes, at KU 1901 lægger op til en ordning, hvor der i større selskaber gjaldt et krav om et tostrengt ledelsessystem med fuld personel adskillelse mellem ledelsesorganet og tilsynsorganet. Dette blev anset for nødvendigt for at sikre den effektive kontrol af den daglige ledelse, som var formålet med det tostrengede ledelsessystem, idet det blev antaget, at en sådan kontrol ikke kunne foretages af

²¹ (...fortsat)

fremmede Love fordre, at der skal findes saa vel en Direktion som en Bestyrelse, og drage en skarp Grænse mellem de to Organers Virksomhedsomraade, idet Administrationen alene ligger i Direktionens Haand, medens Bestyrelsens Opgave er rent kontrollerende, har Udviklingen hos os under Lovgivningens Taushed ført til en noget anden Ordning. Hvor der findes baade en Direktion og en Bestyrelse, har den sidste i Reglen en mere direkte Andel ialtfald i visse Sider af Selskabets Administration«.

²² De to kommissionsudkast er gengivet i Rigsdagstidende 1910-11 A, hhv. Sp. 4067-4246 og Sp. 3959-4066.

generalforsamlingen.²³ Dog blev der ikke foreskrevet præceptive regler vedrørende kompetencefordelingen mellem de to organer. Et ubetinget krav om fuld personel adskillelse mellem de to ledelsesorganer gældende for alle aktieselskaber, således som tilfældet var efter tysk ret, ville efter Aktielovskommissionens opfattelse medføre unødvendige *omkostninger* for små danske virksomheder. Begrebet »Corporate Governance« er først blevet udbredt i debatten i de senere år, men den tankegang, der ligger bag et ønske om en effektivisering af selskabers organisation, var, som det ses, ingenlunde fremmed for Aktielovskommissionen af 1901.²⁴ Det bemærkes i øvrigt, at KU 1901 § 41, 2. pkt. er stort set identisk med bestemmelsen i SEF Artikel 39, stk. 3.

Ledelsesstrukturen fra KU 1901 blev videreført stort set uændret i KU 1910. Man ændrede imidlertid kriteriet for, hvornår der var foreskrevet en pligt til at organisere selskabet med en tostrengt ledelse (KU 1910 § 51, stk. 1). Pligten til at organisere selskabet med en bestyrelse gjaldt således ikke for selskaber, hvor aktionærernes antal ikke oversteg 15, og hvor alle aktier var navneaktier, der ikke kunne overdrages uden selskabets samtykke. Der var et krav om fuld personel adskillelse mellem de to ledelsesorganer, men dette krav gjaldt ikke, såfremt selskabet havde valgt en bestyrelse, uden at der var pligt hertil (KU 1910 § 52). Bestemmelsen vedrørende kompetencefordelingen mellem bestyrelse og direktion var ændret noget, idet denne nu lød som følger:

KU 1910 § 58: »Bestyrelsen har at vaage over, at Selskabets Virksomhed ledes i Overensstemmelse med Lovgivningen, Vedtægterne og Generalforsamlingens, samt Bestyrelsens egne Beslutninger.

²³ Det hedder således i Kommissionens begrundelser for forslaget (gengivet i Rigsdagstidende 1910-11 A, Sp. 4147-4148): »For at den Kontrol som Reglerne om en Tvedeling af Selskabsmyndigheden tilsigter at sikre, skal blive effektiv, er det nødvendigt, at de to Myndigheder ere skarpt adskilte. Det er derfor i udkastets § 41 bestemt, at Stillingerne som Medlem af Direktionen og som Medlem af Bestyrelsen regelmæssig ikke kunne forenes. Det samme Hensyn ville strengt taget føre til ogsaa sætte et skarpt Skel mellem de to Organers respektive Virksomhedsomraade, saaledes at Bestyrelsen henvistes til en rent kontrollerende Virksomhed uden enhver Andel i Administrationen. En saadan Fordeling af Forretningerne, hvorved det undgaas, at Kontrollen paa noget Punkt faar Karakteren af en Selvkontrol, vil nu ogsaa - i visse Arter af Selskaber - næsten altid blive fastslaaet i Vedtægterne. At give præceptive Lovregler derom har man imidlertid fundet betænkeligt. Den historiske Udvikling har hos os ført til, at Bestyrelsen i mange Tilfælde har faaet en vidtgaaende, i et vist Omfang administrativ Virksomhed. Dette er vistnok et Udtryk for en praktisk Trang, begrundet i at det under vore forholdsvis smaa Forhold ofte kan være vanskeligt til Direktører at finde Personer, hvem den hele vidtgaaende Ledelse af Selskabsanliggenderne uden Støtte fra Bestyrelsens Side kan betros. Man har derfor ment paa dette Punkt at burde aabne en vis Frihed for vedtægtsmæssig Ordning.«

²⁴ I Debatoplæg om aktivt ejerskab, maj 1999, (s. 15), er således den grundlæggende problemstilling beskrevet som et spørgsmål om, hvorledes ejerne sikrer sig kontrol med virksomhedens drift i tilfælde, hvor denne er overladt til en professionel ledelse. Se *Mette Neville*, NTS 2000, s. 72-97, der redegør for grundtrækkene i Corporate Governance-debatten, og tillige *Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel*, Lærebog i selskabsret II (2000), s. 41-44 med henvisninger, samt vedrørende begrebet »effektivitet« samme Bind I (1999), s. 165 f.

Bestyrelsen er berettiget og forpligtet til at fordrø sig med alle til Opfyldelse af denne Pligt fornødne Oplysninger og til efter Omstændighederne selv at foretage eller lade foretage det dertil fornødne Eftersyn af Selskabets bøger, Kasser og Beholdninger«.

De to kommissionsudkast fra 1901 og 1910 resulterede imidlertid ikke i vedtagelse af en dansk aktieselskabslov. De var nemlig stødt på stor modstand, ikke mindst i erhvervslivet.²⁵ Handelsministeren fremlagde derfor i februar 1914 et revideret udkast i Rigsdagen (U 1914), hvis omfang var reduceret betydeligt i forhold til de to kommissionsudkast.²⁶ I U 1914 var det tostrengede ledelsessystem bibeholdt. U 1914 indeholdt således følgende bestemmelser vedrørende ledelsens organisation:

U 1914, § 31: »Et aktieselskabs Vedtægt skal indeholde Bestemmelser om Bestyrelsens Sammensætning og Valg.

Bestyrelsen skal bestaa af et Tilsynsraad (Bestyrelsesraad, Repræsentantskab e.l.) og en Direktion.

Tilsynsraadet vælges af Generalforsamlingen blandt Aktionærerne og antager een eller flere Direktører, som med Ansvar overfor Tilsynsraadet leder Selskabets daglige Virksomhed. For saa vidt Vedtægten ikke indeholder anden Bestemmelse, kan Tilsynsraadet meddele Prokura. Tilsynsraadets Lønningsvilkaar fastsættes af Generalforsamlingen eller i Vedtægten.«

U 1914 § 32: »Stillingerne som Medlem af Tilsynsraadet og som Medlem af Direktionen kan ikke forenes; dog kan Tilsynsraadet, for saa vidt Antallet af Medlemmer ikke kommer under tre, beskikke et af sine Medlemmer som Midlertidig Direktør; men denne kan da ikke udøve Stemmeret i Tilsynsraadet.«

Et yderligere reduceret udkast til en dansk aktieselskabslov blev fremlagt i december 1916.²⁷ Dette udkast blev vedtaget som Lov Nr. 468 af 29. September 1917 om Aktieselskaber (ASL 1917). De reduktioner, der var foretaget i den endelige lov i forhold til det af Torp affattede kommissionsudkast, var begrundet i et ønske om, at aktieselskabsloven alene skulle indeholde enkelte præceptive regler vedrørende regnskabsaflæggelse, revision, og generalforsamling.²⁸ Selskaberne skulle i øvrigt gives en meget vidtgående frihed til at fastlægge de interne forhold gennem

²⁵ Se om modstanden mod en dansk aktielovgivning hos Inger Dübeck, *Aktieselskabernes retshistorie* (1991), s. 107 ff.

²⁶ Jf. Rigsdagstidende 1913-14 A, Sp. 4111-4152.

²⁷ Jf. Rigsdagstidende 1916-17 A, Sp. 3855-3888.

²⁸ Jf. Rigsdagstidende 1916-17 A, Sp. 3885, hvor det vedrørende de ændringer, der fulgte af U 1916 i forhold til U 1914 hedder, at: »Omarbejdelsen [har] navnlig haft til Formaal end yderligere at simplificere Lovens Bestemmelser, idet der fortrinsvis tages Sigte paa Aktieselskabernes Forhold udadtil. ... Derimod søger Forslaget at undgaa uden Nødvendighed at gribe ind med bydende Bestemmelser i Ordningen af Selskabernes egne indre Forhold. ... Denne Holdning fra Lovgivningsmagtens Side turde være saa meget mere begrundet, som det i det lange Tidsrum, i hvilket Aktieselskaber i stadig stigende Tal har virket herhjemme, uden at være bundne ved særlige Lovforskrifter, har udviklet sig forskelligartede Regler, som ikke uden indgribende Ulemper vil kunne tvinges ind under en fælles ensartet Norm.«

bestemmelser herom i vedtægterne.²⁹ Det er bemærkelsesværdigt, at den ideologi, der lå bag ASL 1917, har væsentlige lighedspunkter med den ideologi, der ligger til grund for reformen af den danske anpartsselskabslov i 1996.³⁰ Den vidtgående aftalefrihed i 1917-loven omfattede selskabets organisation. Aktieselskabsloven af 1917 indeholdt således kun en enkelt bestemmelse vedrørende selskabets ledelse (§ 28):

ASL 1917 § 28, stk. 1: »Selskabet ledes af en Bestyrelse. Vedtægterne skal indeholde Bestemmelser om bestyrelsens Sammensætning og Valg, samt om, hvorvidt der af Bestyrelsen eller Generalforsamlingen tillige bliver at ansætte en Direktion, bestaaende af en eller flere Direktører (Forretningsførere), som forestaar Selskabets daglige Ledelse.«

Det fremgår af bestemmelsen, at der var helt frit valg for de enkelte selskaber mellem et enstrengt eller et tostrengt ledelsessystem.³¹ Såfremt et selskab måtte beslutte sig for et todelt ledelsessystem, kunne man frit fastlægge regler vedrørende personsammensætningen og kompetencefordelingen mellem de enkelte organer. Lovens eneste bestemmelse i så henseende var en forudsætning om, at en eventuel direktion skulle forestå den daglige ledelse af selskabets virksomhed. Der fandtes ikke i 1917-loven et udtrykkeligt krav om, at selskabets bestyrelse skulle vælges af generalforsamlingen, hvilket medførte, at der i praksis blev etableret forskellige ordninger, hvorved udenforstående havde ret til at vælge bestyrelsen uden indblanding fra aktionærerne.³² Der gjaldt intet forbud mod personsammenfald mellem bestyrelse og direktion.³³

Professor Torp forholdt sig ikke overraskende stærkt kritisk over for den opgivelse af det tostrengede ledelsessystem, som var sket med vedtagelsen af ASL 1917. En skarp adskillelse mellem et ledende og et kontrollerende organ måtte efter

²⁹ Se hertil *Herschend*, Juridisk Tidsskrift 1917, s. 2 og s. 5. Se tillige *Torp*, Juridisk Tidsskrift 1918, s. 1 ff., der kritiserer den foretagne beskæring af Kommissionens udkast fra 1910. Se tilsvarende *H.B. Krenchel*, Juridisk Tidsskrift 1918, s. 321 f., der anfører, at den vedtagne lov kun indeholdt ganske få materielle bestemmelser.

³⁰ Jf. *Søren Friis Hansen*, Anpartsselskaber efter loven af 1996 (1998), s. 32 f., og Folketingstidende 1995-96 A, s. 3997.

³¹ Se *H. B. Krenchel*, Juridisk Tidsskrift 1919, s. 5 ff., hvor det under hensyn til reglerne vedrørende et tostrengt ledelsessystem i Kommissionsudkastet fra 1910, anføres: »Disse Kauteler for en betryggende Selskabsledelse er ganske strøgne i den nu vedtagne Lov, og det staar Selskaberne fuldstændig frit for, om de vil ansætte en særlig Direktion eller lade Bestyrelsen varetage Direktionsforretningerne. Der vil saaledes ses Eksempel paa, at der i et af Landets største Selskaber findes en Bestyrelse paa 3 Medlemmer, der samtidig udgør Direktionen. Et Repræsentantskab paa 20-30 Medlemmer danner vel et Mellemlid mellem Bestyrelse og Generalforsamlingen, men kan paa Grund af sin Størrelse og paa Grund af den for Repræsentantskabets Arbejde lagte Plan ikke udøve de en Bestyrelse paahvilende Forpligtelser«.

³² Jf. hertil *H.B. Krenchel*, Juridisk Tidsskrift 1919, s. 8 f.

³³ Jf. *Herschend*, Loven om aktieselskaber (1917), s. 48.

Torps opfattelse anses for en *nødvendig garanti mod misbrug i større aktieselskaber*.³⁴ Torp henviste herved til en række tilfælde, der havde forekommet i Danmark, hvor mangel på kontrol af direktionens forretningsførelse havde forårsaget tab for selskabet og dermed tillige for aktionærerne.³⁵ På denne baggrund fandt Torp, at en opdeling i to ledelsesorganer samt et forbud mod personsammenfald mellem organerne måtte være *»højest påtrængende«*.

3.2 ASL 1930 og dennes forarbejder

Allerede få år efter den første verdenskrig stod det klart, at en revision af ASL 1917 var påkrævet. Handelsministeren fremlagde derfor i december 1923 et forslag til en revideret aktieselskabslov i Landstinget (U 1923).³⁶ Erfaringerne fra 1917-loven havde vist, at visse ændringer var nødvendige for så vidt angik reglerne vedrørende offentlighed omkring selskabernes forhold. For så vidt angik selskabernes indre forhold blev den vidtgående aftalefrihed, der kendetegnede ASL 1917, bevaret.³⁷

Allerede U 1923 indeholdt (i § 33) bestemmelser om selskabets organisation, der gik væsentligt videre end de regler, der fandtes i ASL 1917. Bestemmelsens stk. 1 - stk. 6, lød som følger:

U 1923 § 33 stk. 1 - stk. 6: *»Ledelsen af Selskabets Anliggender udøves af Bestyrelsen, der i Selskaber, hvis Aktiekapital er 100.000 Kr. eller derover, skal bestaa af mindst tre Medlemmer.*

³⁴ Jf. hertil Juridisk Tidsskrift 1918, s. 12, hvor Torp konstaterer: *» - Lovens Regler yder end ikke den Garanti, som ihvertfald større Selskaber med et Større Antal Deltagere ubetinget burde kræves, og som bestaar i, at der skal være to skarpt adskilte Selskabsmyndigheder, en ledende (Direktion) og en kontrollerende (Bestyrelse). At man under en Pression netop fra indflydelsesrige Kredse indenfor Aktieverdenen har strøget alle herhen hørende Bestemmelser i K.U [= Kommissionsudkastet], er saa meget mere beklageligt, som det oftere offentlig er hævdet, og aldrig er blevet modsagt, at der netop paa de ovenfor omhandlede Områder har fundet store Misbrug Sted ogsaa herhjemme«*.

³⁵ Se hertil Torp, UFR 1908B, s. 297-306. Det er i lyset af begivenhederne i USA i 2001 tankevækkende at læse Torps kritik af dansk erhvervsliv anno 1908. Torp fremhævede således danske rederiselskaber, hvor ledelsen af selskabet ofte var samlet hos en direktør, der ved siden af sin løn havde sikret sig en del af selskabets forretning, hvorfor direktøren ved en vurdering af, hvad der var i selskabets interesse, næppe kunne undgå at blive farvet af, hvad var i direktørens egen interesse. Det hedder således videre (s. 303 f.): *»Selv om man vil se bort fra Muligheden af nogen Slags andet Misbrug, behøver man blot at tænke paa, hvor det for den Forretningsfører, der skal tjene - og tjene rigeligt - paa Proviantering, Kulforsyning, Klarering og Fragtprovision, maa være vanskeligt at indse, at det under daarlige Konjunkturer kan være fordelagtigere for Selskabet at lade Skibene ligge stille end at lade dem sejle med Tab. Det kan heller ikke undre, at der hos en stor Del af Almenheden har udviklet sig en meget alvorlig Tvivl om hvorvidt denne Indsigt regelmæssigt har været til Stede, naar det ses, at adskillige af D'Hrr. Direktører Aar efter Aar har haft efter danske Forhold særdeles store Aarsindtægter, samtidig med, at Aktionærerne intet faar og Aktierne Aar efter Aar synker i Kurs - mange i en ligefrem foruroligende Grad, fordi der end ikke er blevet noget til Afskrivning«*.

³⁶ Jf. Rigsdagstidende 1923-24 A, Sp. 4527- 4722.

³⁷ Jf. Rigsdagstidende 1923-24 A, Sp. 4567 f.

Forsaavidt Bestyrelsen bestaar af mere end et Medlem, skal den ved en Forretningsorden træffe nærmere Bestemmelse med Hensyn til Varetagelse af Bestyrelsens Hverv.

Til Varetagelse af Selskabets daglige Ledelse kan der ansættes en Direktion. Dispositioner, der efter Selskabets Forhold er af usædvanlig Art eller Størrelse, skal af Direktionen forelægges Bestyrelsen til Godkendelse.

De af Bestyrelsen truffne Beslutninger indføres i en dertil af Bestyrelsen autoriseret Protokol. Bestyrelsens Medlemmer har hver for sig Pligt til at paase, at Selskabets Virksomhed ledes paa lovlig og forsvarlig Maade, og til at kræve sig forelagt alle i saa Henseende fornødne Oplysninger

Bestyrelsesmedlemmer kan til enhver Tid afsættes af Generalforsamlingen, dog at det i Vedtægterne kan bestemmes, at der til en saadan Afsættelse udkræves to Trediedele - eller den mindre Brøkdel, Vedtægterne maatte bestemme, af samtlige stemmeberettigede Aktionærers Stemmer.

Bestyrelsesmedlemmer og Direktører maa ikke deltage i Bestyrelses- eller Direktionsbeslutninger, i hvilke de har personlige Særinteresser.»

Bestemmelsen i U 1923 § 33 indeholdt sammenlignet med 1917-loven en særdeles omfattende regulering af selskabets organisation. Bestemmelsen indeholdt således i alt tretten stykker. Bestyrelsens medlemmer skulle kunne afsættes af generalforsamlingen (stk. 5). Der indførtes en regel om inhabilitet (stk. 6), og det bestemtes udtrykkeligt, at direktionens medlemmer kunne suspenderes af bestyrelsen (stk. 7). Som medlemmer af selskabets organer kunne indtræde enkeltmandsfirmaer og interessentskaber samt tillige aktieselskaber. Prokurafuldmagt kunne alene meddeles af bestyrelsen.

En sammenligning af reglerne vedrørende selskabets organisation i U 1923 med gældende dansk ret fører til det noget overraskende resultat, at væsentlige elementer af det danske ledelsessystem for aktieselskaber anno 2002, og dermed af dansk Corporate Governance ved indgangen til det 21. århundrede, er overtaget nærmest ordret fra bestemmelsen i U 1923 § 33. Et centralt element i debatten vedrørende Corporate Governance er kompetencefordelingen mellem de enkelte selskabsorganer. Den nugældende formulering af kompetencefordelingen mellem aktieselskabets bestyrelse og direktion, jf. ASL § 54, stk. 2, 2. pkt., er en *fuldstændig ordret gengivelse af den tilsvarende bestemmelse i U 1923, § 33, stk. 2, 2. pkt.* Denne bestemmelse kan således snart fejre sin 80-års fødselsdag.

Det bemærkes, at den nugældende bestemmelse vedrørende meddelelse af prokura (ASL § 54, stk. 4) har sin oprindelse i U 1923 § 33, stk. 13. Tilsvarende gælder, at den nugældende bestemmelse vedrørende ledelsesmedlemmers inhabilitet (ASL § 58), har sin oprindelse i U 1923, § 33, stk. 6, og endelig blev de bopælskrav, der stadig gælder for ledelsesmedlemmer i danske aktieselskaber, jf. ASL § 52, stk. 2, første gang introduceret i dansk ret med U 1923 § 33, stk. 9-stk. 11.

Bestemmelsen i U 1923, § 33 indebar en række ændringer og tilføjelser i forhold til de hidtidige udkast. Disse ændringer var begrundet i et ønske om at »*understrege Bestyrelsens og Direktionens Ansvar for Selskabets Ledelse*«.³⁸

I det oprindelige udkast, der lå til grund for U 1923, var der lagt op til, at bestyrelsens medlemmer skulle kunne afsættes ved beslutning fra generalforsamlin-

³⁸ Jf. Rigsdagstidende 1923-24 A, Sp. 4573 f.

gen med simpelt flertal. Dette forslag blev imidlertid ændret i forbindelse med Aktielovskommissionens arbejde, således at afsættelse af bestyrelsen forudsatte beslutning af generalforsamlingen med kvalificeret majoritet (2/3). Denne ændring af bestemmelsen vedrørende afsættelse af bestyrelsen skete efter henvendelse fra Dansk Dampskibsrederiforening, der henviste til, at man i de foregående år havde kunnet konstatere, at en række fjendtlige overtagelsesforsøg kun havde kunnet standses, fordi det ikke var lykkedes for »Spekulationsaktionærer« at bemægtige sig ledelsen af selskabet. Et krav om, at afsættelse af bestyrelsen skulle vedtages på generalforsamlingen med kvalificeret majoritet, ville således indebære en beskyttelse af danske selskaber mod fjendtlige overtagelsesforsøg, herunder mod overtagelsesforsøg fra udenlandske spekulanter.³⁹ Hvis man betragter de senere års debat vedrørende udformningen af regler om overtagelsestilbud, får man af og til det indtryk, at der er tale om et nyt fænomen, som er blevet »opfundet« i Storbritannien og USA i årene efter 1970. Det er uomtvisteligt, at såvel antallet som omfanget af virksomhedsovertagelser er steget betydeligt siden 1970. Som det vil fremgå af debatten i forbindelse med U 1923, har selskabsrettens rolle i forbindelse med forsvar mod fjendtlige overtagelsesforsøg imidlertid været diskuteret i dansk ret, længe inden begreberne »Take Over« og »Corporate Governance« blev introduceret. Aktielovskommissionens forslag fra 1923 blev ikke gennemført i Rigsdagen.

Den 20. november 1925 fremsatte Handelsminister Stauning et revideret udkast til en ny aktieselskabslov (U 1925).⁴⁰ Det reviderede forslag var, i højere grad end det var tilfældet med U 1923, baseret på de oprindelige kommissionsudkast fra 1901 og 1910, ligesom man havde inddraget erfaringer fra udenlandsk ret ved udarbejdelsen af forslaget.⁴¹ U 1925 blev imidlertid heller ikke vedtaget af Rigsdagen.

U 1923 blev som anført i november 1925 afløst af U 1925. Bestemmelserne i U 1925 vedrørende ledelsens organisation lød som følger:

U 1925 § 45: »Ledelsen af et Aktieselskabs Anliggender udøves af en Bestyrelse, der i Selskaber, hvis Aktiekapital er 100.000 Kr. eller derover, skal bestaa af mindst tre Medlemmer. Til varetagelse af den daglige Ledelse af Selskabet kan der i Overensstemmelse med Vedtægternes Bestemmelser herom ansættes en Direktion.«

U 1925 § 48, stk. 1 og stk. 2: »Bestaar Bestyrelsen af mere end et Medlem, skal den ved en Forretningsorden træffe nærmere Bestemmelser om Udførelsen af sit Hverv. Dispositioner, der efter Selskabets Forhold er af usædvanlig Art eller Størrelse, skal forelægges Bestyrelsen.«

U 1925 § 50: »Bestyrelsesmedlemmer kan til enhver Tid afsættes af Generalforsamlingen.

³⁹ Henvendelsen fra Dampskibsrederiforeningen er gengivet i Rigsdagstidende 1923-24 A, Sp. 4707. En henvendelse med et stort set tilsvarende indhold blev fremsat af forløberen for det nuværende Dansk Industri, jf. Sp. 4697.

⁴⁰ Jf. Rigsdagstidende 1925-26 A, Sp. 3457-3514.

⁴¹ Jf. Rigsdagstidende 1925-26 A, Sp. 3501.

Direktører kan til enhver Tid suspenderes af Bestyrelsen og afskediges af den Selskabsmyndighed, der har ansat dem.»

På baggrund af henvendelser fra det danske erhvervsliv nedsattes et udvalg med henblik på en gennemgang af de fremsatte forslag til en ny aktielov. Dette arbejde resulterede i et udkast, som blev fremsat i Folketinget den 7. november 1929 af Handelsministeren (U 1929).⁴² Dette udkast blev med enkelte ændringer vedtaget som Lov Nr. 123 af 15. April 1930 om Aktieselskaber (ASL 1930). Bestemmelserne i U 1929 vedrørende ledelsens organisation var stort set identiske med de tilsvarende bestemmelser i U 1925. Bestemmelserne vedrørende ledelsens organisation blev imidlertid modificeret inden den endelige vedtagelse af aktieselskabsloven af 1930. I den vedtagne lov så bestemmelserne vedrørende ledelsens organisation ud som følger:

ASL 1930 § 46: *»Et Aktieselskab ledes af en Bestyrelse, der skal bestaa af mindst tre Medlemmer.«*

ASL 1930 § 47: *»Bestyrelsen har den overordnede Ledelse af Selskabet. Bestyrelsen har saaledes at føre Tilsyn med Selskabets Virksomhed og at paase, at denne ledes paa en forsvarlig Maade og i Overensstemmelse med denne Lov og Selskabets Vedtægter.*

Bestyrelsen er forpligtet til at forordre sig meddelt alle til Opfyldelse heraf fornødne Oplysninger og til efter Omstændighederne selv eller ved dertil delegerede Medlemmer af Bestyrelsen at foretage eller lade foretage Eftersyn af Selskabets Bøger og Konstatering af Aktivernes Tilstedeværelse.

Bestyrelsen skal ved en Forretningsorden træffe nærmere Bestemmelser om Udførelsen af sit Hverv. De af Bestyrelsen truffne Beslutninger skal indføres i en Protokol.

Prokura kan kun meddeles af Bestyrelsen.»

ASL 1930 § 48: *»Til Varetagelse af den daglige Ledelse af Selskabet kan deri mindre Selskaber og skal der i Selskaber med en Aktiekapital paa over 100.000 Kr., ansættes en Direktion.*

Det paahviler Direktionen at lede Selskabet forsvarligt, derunder at sørge for, at Bogholderi og Regnskabsvæsen er indrettet på betryggende Maade, alt i Overensstemmelse med de Direktionen derom givne Direktiver. Dispositioner, der er af usædvanlig Art eller Størrelse, skal af Direktionen forelægges Bestyrelsen. Opstaar der Betalingsvanskeligheder for Selskabet eller bliver dette insolvent, har Direktionen Straks at give Meddelelse derom til Bestyrelsen, der derefter træffer Bestemmelse om, hvad der bør foretages.

Hvis der ikke ansættes en særlig Direktion, paahviler de i denne Paragraf omhandlede Forpligtelser Bestyrelsen.»

Aktieselskabsloven af 1930 fungerede som det retlige grundlag for danske selskaber frem til 1973. Anvendelse af begrebet *»den overordnede ledelse«* gav i praksis anledning til en række vanskeligheder vedrørende fastlæggelsen af kompetencefordelingen mellem bestyrelse og direktion.⁴³ Der synes at være en vis uenighed vedrørende kategoriseringen af ledelsessystemet i henhold til loven. H.B. Krenchel

⁴² Jf. Rigsdagstidende 1929-30 A, Sp. 2785-2834.

⁴³ Jf. hertil FT 1972-73 A, sp. 4486. Af denne årsag udgik begrebet *»overordnet ledelse«* af ASL 1973.

konstaterede således, at ordningen af aktieselskabets ledelse efter ASL 1930 lå nær op ad den ordning, der var gældende i Tyskland (AktG 1937).⁴⁴ I modsætning hertil konstaterede Gomard, at den danske ordning i realiteten lå nærmere engelsk ret end tysk ret. Dette skyldtes ifølge Gomard, at bestyrelsen ikke var afskåret fra at fastlægge almindelige retningslinier for direktionens arbejde, ligesom bestyrelsen efter ASL 1930 kunne kræve enkelte spørgsmål vedrørende den daglige ledelse forelagt til afgørelse.⁴⁵

Det blev antaget, at medlemmerne af direktionen havde en egentlig retlig pligt til at efterkomme instrukser fra selskabets bestyrelse, uanset at dette ikke fremgik udtrykkeligt af loven.⁴⁶ En af grundene til, at også ASL 1930 fastholdt en betydelig aftalefrihed vedrørende ledelsens organisation, var, at loven gjaldt for samtlige danske selskaber, hvorfor et ufravigeligt krav om en tostrengt ledelse ville være for byrdefuldt for mindre selskaber.⁴⁷

4. Ledelsesstrukturen i danske aktieselskaber efter 1973

4.1 Forarbejderne til ASL 1973

I 1959 indledtes arbejdet med en reform af den danske aktieselskabslov fra 1930. Aktielovsreformen blev gennemført som et samarbejde mellem de nordiske lande.⁴⁸ Som et resultat af det fælles reformarbejde fremlagde den danske Aktielovskommission i 1964 et forslag til en ny aktieselskabslov (U 1964).⁴⁹ Aktielovskommissionen fandt ikke grundlag for at ændre ved fundamentet for det danske ledelsessystem.⁵⁰ I henhold til U 1964 skulle alle aktieselskaber have en bestyrelse.

⁴⁴ Jf. H. B. Krenchel, Aktieselskabsloven (2. udg. 1954).

⁴⁵ Jf. Gomard, Aktieselskabsret (2. udg. 1970), s. 278 f. Se i samme retning betænkning nr. 362 (1964), s. 135, der i forbindelse med drøftelsen af spørgsmålet om medarbejderrepræsentation i bestyrelsen henviser til den i Tyskland gældende ordning, idet det bemærkes, at det tyske »Aufsichtsrat« ikke kan sidestilles med en dansk bestyrelse, eftersom Aufsichtsrat ikke kan gribe ind i virksomhedsledelsen.

⁴⁶ Jf. hertil P.C. Poulsen, TfR 1937, s. 336, der anfører, at: »... Naar først [direktøren] har forelagt Sagen til Bestyrelsesbeslutning, maa han være pligtig at handle i Overensstemmelse med de af Bestyrelsen givne Direktiver, Aktieselskabslovens § 48, og vil ordentlig vis ikke senere kunne hævde, at Dispositionen ikke var mere usædvanlig, end at han havde kunnet undlade at forelægge Spørgsmålet for Bestyrelsen«.

⁴⁷ Jf. Gomard, Aktieselskabsret (2. udg. 1970), s. 277 f., der bl.a. henviser til, at der ikke blev stillet krav om et todelt ledelse i et GmbH.

⁴⁸ Jf. om det nordiske samarbejde på selskabsrettens område Søren Friis Hansen i Boel Flodgren og Ruth Nielsen (red.), Rätten (om)kring Øresund (2000), s. 67-86 med henvisninger.

⁴⁹ Jf. Betænkning nr. 362 (1964).

⁵⁰ Jf. Betænkning nr. 362 (1964), s. 133. Det anførtes, at den eksisterende ordning fandtes i overensstemmelse med det »praktiske livs krav«, og at der i øvrigt ikke syntes: »at være grundlag for at gå så langt som den tyske aktieselskabslovsordning, der i alle selskaber kræver en tvedeling af selskabsledelsen....«

Et egentligt krav om en opdeling af selskabets ledelse i to selvstændige organer skulle alene gælde for selskaber, der havde en aktiekapital, som var større end 300.000 kr., jf. U 1964, §§ 50 og 52. Reglerne vedrørende funktionsopdelingen mellem bestyrelse og direktion var ikke ændret i forhold til ASL 1930, § 48, stk. 2, og U 1923 § 33, stk. 2. Som noget nyt introduceredes et krav om en vis personadskillelse mellem bestyrelsen og direktionen, i de selskaber, der havde pligt til at oprette to ledelsesorganer, jf. U 1964 § 54⁵¹:

U 1964 § 54: *»Stillingen som formand for bestyrelsen kan ikke forenes med stillingen som medlem af direktionen. I selskaber med en aktiekapital på 300 000 kr. og derover, må flertallet af bestyrelsens medlemmer ikke være direktører i selskabet.«*

I 1969 fremsatte Aktielovskommissionen et revideret udkast til en dansk aktieselskabslov (U 1969) som et resultat af det fællesnordiske samarbejde.⁵² Den betingede personopdeling mellem bestyrelse og direktion, som der var lagt op til i U 1964, blev videreført. Bestemmelsen vedrørende funktionsopdelingen mellem bestyrelse og direktion blev justeret. Der blev således tilføjet en udtrykkelig bestemmelse om, at direktionen skulle have en egentlig retlig pligt til at følge anvisninger fra bestyrelsen.

U 1969 § 54 (uddrag): *»Bestyrelsen forestår ledelsen af selskabets anliggender og skal sørge for en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed. Findes der en direktion, forestås ledelsen af bestyrelsen og direktionen.*

Stk. 2. Direktionen varetager den daglige ledelse af selskabet, og skal derved følge de retningslinier og anvisninger, som bestyrelsen har givet. Den daglige ledelse omfatter ikke dispositioner, der efter selskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning. Sådanne dispositioner kan direktionen kun foretag efter bemyndigelse fra bestyrelsen, medmindre bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for selskabets virksomhed.«

4.2 Ledelsessystemet efter ASL 1973

Bestemmelserne vedrørende ledelsessystemet i U 1969 blev videreført uden væsentlige ændringer i den nye aktieselskabslov, der blev vedtaget i 1973 (ASL).⁵³ Ved denne lov blev der indføjet regler om medarbejderrepræsentation i bestyrelsen. I 1973 blev anpartsselskabet introduceret i dansk ret. Efter anpartsselskabsloven af

⁵¹ Dette krav mødte stor modstand hos dansk erhvervsliv, til trods for, at der var forudsat en lempelig overgangsordning. Aktielovskommissionen havde drøftet muligheden for at gennemføre et krav om en fuldstændig personel adskillelse mellem bestyrelse og direktion, men et forbud mod, at direktører kunne være medlemmer af bestyrelsen, blev afvist af Kommissionen, jf. Betænkning nr. 362 (1964), s. 142, hvor det hed: *»Et fuldstændigt forbud i så henseende ville stride mod mangeårig praksis og i et vist omfang også mod de praktiske interesser i at etablere et vist fællesskab i den samlede ledelse. Kommissionen har derfor ikke fundet tilstrækkeligt grundlag for et absolut forbud mod, at stillingen som direktør forenes med hvervet som bestyrelsesmedlem«*.

⁵² Jf. Betænkning nr. 540 (1969).

⁵³ Seneste version er lovbekendtgørelse nr. 9 af 9. januar 2002.

1996 gælder der alene et krav om en tostrengt ledelse, såfremt der er pligt til at etablere medarbejderrepræsentation i selskabet.⁵⁴

Ethvert aktieselskab skal have en bestyrelse bestående af mindst tre medlemmer, jf. ASL § 49, stk. 1. Efter ASL 1973 var der oprindeligt alene pligt til at etablere en todelt ledelse, såfremt aktiekapitalen udgjorde mere end 400.000 kr., eller der var pligt til medarbejderrepræsentation.

Ved lov nr. 282 af 9. juni 1982 fik det danske ledelsessystem sin nuværende udformning. Bestemmelsen i ASL § 51 blev ændret, således at loven foreskriver etablering af både en bestyrelse og en direktion for samtlige danske aktieselskaber. Der blev ikke givet en særlig begrundelse for denne lovændring.⁵⁵ Bestyrelsen skal bestå af mindst tre medlemmer, idet vedtægterne kan foreskrive en større bestyrelse. Direktionen skal bestå af mellem et og tre medlemmer, medmindre vedtægterne foreskriver en større direktion.

I særlige tilfælde kan der med hjemmel i vedtægterne etableres et repræsentantskab, som udgør et tredje ledelsesorgan, jf. ASL § 59. Repræsentantskabet kan alene tillægges visse bestemte kompetencer. Der findes kun ganske få danske aktieselskaber, som har udnyttet denne mulighed.⁵⁶

ASL 1973 hviler på en videreførelse af det princip om delvis personel adskillelse mellem bestyrelse og direktion, som blev introduceret med U 1964. Kravet om personel adskillelse er sikret på to måder. For det første må en direktør ikke vælges til formand for bestyrelsen, jf. ASL § 56, stk. 1, og for det andet må flertallet af bestyrelsens medlemmer ikke være direktører i samme selskab, jf. ASL § 51, stk. 2.

Det bestemmes i ASL § 54, stk. 1, 1. pkt., at bestyrelsen og direktionen forestår ledelsen af selskabets anliggender.⁵⁷ For så vidt angår bestemmelsen vedrørende funktionsopdelingen mellem bestyrelse og direktion, er der ikke sket ændringer i den nugældende ASL § 54, stk. 2, 2. pkt. i forhold til U 1969 § 54, og dermed tillige bestemmelsen i U 1933, § 33, stk. 3. Dette indebærer, at direktionen ikke kan hævde et egentligt selvstændigt kompetenceområde, således som det kendes fra den tyske Vorstand.⁵⁸ Der må foretages en konkret vurdering af, i hvilket omfang en beslutning efter selskabets forhold er af en sådan usædvanlig art eller stor betydning, at

⁵⁴ Se om ledelsessystemet i anpartsselskaber, *Søren Friis Hansen*, Anpartsselskaber efter loven af 1996 (1998), s. 57-80.

⁵⁵ Jf. FT 1981-82 A, sp. 2878, hvor der alene henvises til, at det fandtes unødvendigt at fastholde særregler for aktieselskaber med en kapital på under 400.000 kr., eftersom mindstekapitalkravet til aktieselskaber ved samme lov blev forhøjet til 300.000 kr.

⁵⁶ Se nærmere om repræsentantskabet og dets kompetence hos *Werlauff*, Selskabsret (4. udg. 2002), s. 302-307.

⁵⁷ Denne bestemmelse blev til som et kompromis mellem de nordiske delegationer, idet de danske medlemmer af udvalget havde ønsket at styrke direktionens stilling, jf. betænkning nr. 540 (1969), s. 99, og tillige *Gomard*, Aktieselskaber & anpartsselskaber (4. udg. 2002), s. 203.

⁵⁸ Jf. hertil *Paul Krüger Andersen*, Aktie- og anpartsselskabsret (7. udg. 2002), s. 262.

kompetencen til at træffe beslutningen hører under bestyrelsens kompetenceområde.⁵⁹

Der er siden 1973 foretaget en række justeringer af reglerne vedrørende bestyrelsens pligter. En del af disse ændringer har haft til formål at styrke bestyrelsens stilling som kontrolorgan.⁶⁰

5. Forstående opgaver i dansk ret

5.1 Det danske ledelsessystem

En analyse af det danske system for ledelsens organisation i aktieselskaber har vist, at de regler, der gælder i henhold til aktieselskabsloven af 1973, adskiller sig fra både det rent enstrengede system og det rent tostrengede system på flere punkter. Det danske ledelsessystem er således navnlig kendetegnet af følgende karakteristika:

- 1) Ledelsen skal være opdelt i to separate organer.
- 2) Bestyrelsen fører tilsyn med direktionen, der har ansvaret for den daglige ledelse
- 3) Der gælder en betinget personopdeling mellem de to organer. En direktør kan være medlem af selskabets bestyrelse, idet flertallet af bestyrelsens medlemmer dog ikke kan være direktører i samme selskab. Desuden må bestyrelsesformanden ikke være direktør.
- 4) Medlemmerne af direktionen har en retlig pligt til at følge anvisninger fra bestyrelsen.
- 5) Direktionen har ikke noget selvstændigt ansvarsområde, idet bestyrelsen kan foretage enkeltstående indgreb i alle dispositioner, der foretages af direktionen.
- 6) Bestyrelsens flertal skal vælges af generalforsamlingen, medens direktionen ansættes og afskediges af bestyrelsen.

Det må for hver enkelt medlemsstat afgøres, om den ledelsesstruktur, der foreskrives for de nationale aktieselskaber, skal betragtes som et enstrengt eller et tostrengt system i henhold til SE-Forordningens bestemmelser. For så vidt angår det tostrengede system følger det af SEF Artikel 40, stk. 1, at:

SEF Artikel 40, stk. 1: »Tilsynsorganet fører tilsyn med ledelsesorganets varetagelse af ledelsen. Det kan ikke selv forestå ledelsen af SE-selskabet«.

Det må under hensyntagen til de ovenfor anførte punkter 4) og 5), konkluderes, at det danske ledelsessystem, der er foreskrevet i aktieselskabsloven, i henhold til SE-

⁵⁹ Det kan forekomme, at der i bestyrelsens forretningsorden findes bestemmelser, hvorved kompetencefordelingen mellem bestyrelse og direktion konkretiseres, jf. hertil *Paul Krüger Andersen*, *Aktie- og anpartsselskabsret* (7. udg. 2002), s. 274 f.

⁶⁰ Se hertil *Gomard*, *Aktieselskaber & anpartsselskaber* (4. udg. 2000), s. 1999 under henvisning til lov nr. 1060 af 23. december 1992, som blev til under indtryk af Nordisk Fjer-skandalen. Se tillige *Werlauff*, *Selskabsret* (2. udg. 2002), s. 309, der anfører, at tendensen mod at sikre bestyrelsen som et egentligt kontrolorgan er en europæisk tendens.

Forordningen skal betragtes som *et enstrengt system*.⁶¹ Dette indebærer, at der som et led i gennemførelsen af den danske følgelovgivning vedrørende SE-Forordningen skal træffes beslutning om, hvorvidt lovgiver ønsker at indføre særlige regler for danske SE-selskaber vedrørende det tostrengede ledelsessystem. Under alle omstændigheder må de danske myndigheder acceptere, at SE-selskaber, der etablerer sig her i landet, kan vælge at organisere ledelsen efter det tostrengede system.

5.2 Sammenfatning og perspektiver

Vedtagelsen af SE-Forordningen giver anledning til at kaste et kritisk blik på den nugældende ledelsesstruktur for danske aktieselskaber. En undersøgelse af den historiske udvikling vedrørende aktieselskabslovens ledelsessystem har givet det noget overraskende resultat, at grundstammen i de nugældende danske regler vedrørende hhv. kompetencefordelingen mellem bestyrelse og direktion, og reglerne vedrørende disse organers sammensætning kan føres tilbage til Handelsministerens udkast til en ny aktieselskabslov fra 1923. De danske regler på dette område kan således i 2003 kan fejre deres 80-års fødselsdag.

Undersøgelsen af det danske ledelsessystem har vist, at den fordeling af ledelseskompetencen mellem bestyrelsen og direktionen, der kendes i gældende dansk ret, imidlertid går endnu længere tilbage. Systemet med en bestyrelse, der i et vist omfang griber ind i den daglige ledelse, stammer således fra den praksis, der udviklede sig i danske aktieselskaber i den sidste halvdel af 1800-tallet.

Professor Torp, der havde væsentlig indflydelse på de tidligste udkast til en dansk aktieselskabslovgivning, anså det for en nødvendighed for at sikre en betryggende ledelse i større aktieselskaber, at der gennemførtes en fuldstændig adskillelse af selskabets ledelse i to selvstændige organer: et ledelsesorgan og et kontrolorgan. Det lykkedes imidlertid for erhvervslivets »lobbyister« at få afværget en egentlig todeling af ledelsesstrukturen, idet der blev henvist til, at en fælles ordning for samtlige danske aktieselskaber ville være skadelig under hensyn til de store indbyrdes forskelle mellem de enkelte selskaber. Ledelsesstrukturen blev efter 1917-loven således tilrettelagt på en sådan måde, at der ganske vist kunne etableres to ledelsesorganer, men at der ikke var krav om en funktionel eller personel adskillelse mellem disse organer. Hermed kunne de eksisterende selskaber beholde deres ledelsesstruktur stort set uændret. Med anpartsselskabsloven af 1973 indførtes et valg mellem to forskellige typer af kapitalselskaber, idet anpartsselskabet er særligt rettet mod små virksomheder.⁶² Med opdelingen af de danske kapitalselskaber i aktie- og anpartsselskaber er således det væsentligste rationale bag den fortsat gældende ledelsesstruktur i de danske aktieselskaber bortfaldet.

Godt 90 år efter, at Torp konstaterede et behov for en egentlig tostrengt ledelsesstruktur, har vedtagelsen af SE-Forordningen medført, at Torps tanker er rykket et væsentligt skridt nærmere virkeliggørelse i Danmark. Fra den 8. oktober 2004 kan SE-selskaber etablere sig med hjemsted i Danmark med et tostrengt

⁶¹ Jf. tilsvarende Werlauff, SE-selskabet (2002), s. 72.

⁶² Jf. hertil Søren Friis Hansen, Anpartsselskaber efter loven af 1996 (1998), s. 26 f. og s. 33 f.

ledelsessystem. Dette faktum nødvendiggør, at der introduceres særlige regler vedrørende en sådan ledelsesstruktur i dansk ret. For de personer, der skal fremkomme med et udkast til sådanne regler, vil der kunne hentes værdifuld inspiration i det arbejde, der allerede er udført af professor Torp og hans kolleger i tiden omkring den første verdenskrig.

I en årrække har debatten vedrørende selskabsrettens udvikling entydigt været fokuseret på at kopiere initiativer fra Storbritannien og USA. Begivenhederne i amerikansk erhvervsliv i 2001 og 2002 har medført, at mange amerikanske bestyrelser har måttet erkende, at der enten slet ikke har været ført kontrol med direktionen, eller at denne kontrol har været særdeles mangelfuld. Ingen naturlov siger, at al selskabsretlig udvikling skal komme fra angelsaksiske lande. Set i lyset af udviklingen i USA er det vel næppe utænkeligt, at nogle større europæiske aktieselskaber vil nære et ønske om at omdanne sig til et SE-selskab alene med henblik på at kunne vælge det tostrengede ledelsessystem med fuld adskillelse mellem ledelsesorgan og kontrolorgan. Herved vil selskabet kunne tilkendegive, at man lægger særlig vægt på en styrkelse af kontrollen med direktionen.

Det er tillige tænkeligt, at også almindelige danske aktieselskaber vil ønske at få mulighed for at anvende et ledelsessystem, hvor der består en egentlig personel og funktionel adskillelse mellem ledelsesorganet og tilsynsorganet. I det omfang lovgiver måtte gøre sig det besvær at formulere særlige danske regler vedrørende et tostrengt ledelsessystem, består der ikke nogen saglig grund til at begrænse reglerne vedrørende et dualistisk ledelsessystem, således at disse alene kommer til at blive en valgmulighed for danske SE-selskaber. Eventuelle danske regler om et tostrengt ledelsessystem bør derfor tillige kunne vælges af almindelige danske aktieselskaber.

Da den danske version af det monistiske ledelsessystem passer dårligt til selskaber, som har rod i en angelsaksisk retstradition, kunne det på længere sigt tillige være værd at overveje indførelse af en alternativ version af det monistiske ledelsessystem efter engelsk forbillede for de almindelige danske aktieselskaber. Herved ville det blive væsentligt mere attraktivt for engelske virksomheder at etablere sig med et SE-selskab, der har hjemsted i Danmark.

Konstateringen af, at det danske ledelsessystem har sine rødder i det nittende århundrede, er ikke ensbetydende med, at systemet per automatik bør forkastes til fordel for et mere »moderne« system. Danske aktieselskaber har i de forløbne godt 100 år i alt væsentligt fungeret tilfredsstillende. Der har forekommet nogle større skandaler, hvoraf nogle har givet anledning til en justering af reglerne, og der kan naturligvis være anledning til at foretage et eftersyn af de enkelte dele af ledelsessystemet. Der synes imidlertid ikke at være grundlag for grundlæggende at underkende det danske systems funktionsduelighed. En væsentlig fordel ved det danske system er således dets store fleksibilitet, idet funktionsopdelingen mellem organerne kan tilpasses nøje til det enkelte selskabs behov.⁶³

⁶³ Jf. således allerede *Gomard*, *Aktieselskabsret* (2. udg. 1970), s. 279. Se tillige *Paul Krüger Andersen*, *Aktie- og anpartsselskabsret* (7. udg. 2002), s. 259 f., der anfører, at den danske aktieselskabslov indebærer et organisatorisk rammesæt, der i grove træk fordeler opgaverne (fortsættes...)

Det danske systems placering som en slags mellemløsning i forhold til hhv. det enstrengede og det tostrengede system kan vise sig at blive en fordel. Man kan således forestille sig, at den danske version af det monistiske ledelsessystem i forbindelse med gennemførelse af de enkelte medlemsstaters følgelovgivning vil blive »eksporteret« til nogle af de medlemsstater, der har tradition for et dualistisk ledelsessystem. Den monistiske model bliver formentlig mere acceptabel i de pågældende medlemsstater, såfremt selskabets ledelse fortsat formelt er opdelt i to separate organer, således som det er tilfældet efter det danske system. Herved løses eksempelvis problemet omkring medarbejderrepræsentation, der er stort set ukendt i de lande, der opererer med egentlige enstrengede systemer.

Den valgfrihed mellem de to ledelsessystemer, som er indbygget i SE-Forordningen, vil efter alt at dømme komme til at medføre den største udvikling i dansk Corporate Governance siden vedtagelsen af den første danske aktieselskabslov, og tilsvarende gælder for størsteparten af de øvrige medlemsstater. Dette forhold kan i virkeligheden vise sig at blive den væsentligste effekt af introduktionen af SE-selskabet på national selskabsret. Den valgfrihed mellem de to ledelsessystemer, der gælder for SE-selskaber, vil formentlig smitte af på de almindelige aktieselskaber, således at også disse vil få mulighed for at vælge mellem to forskellige ledelsessystemer.

Det er ikke muligt at fremkomme med generelle udsagn om, hvorvidt det enstrengede ledelsessystem fungerer bedre eller dårligere end det tostrengede system. Det må være op til hvert enkelt selskab at beslutte, hvilket ledelsessystem, der passer bedst til virksomhedens tradition og behov. Et stort børsnoteret selskab, der ønsker at tiltrække udenlandske investorer, har andre behov end det lokalt opererende familieejede aktieselskab, eller det lille aktieselskab, der ejes af en enkelt aktionær. Nøgleordet i de kommende års udvikling af reguleringen af ledelsessystemer i aktieselskaber synes at være øget valgfrihed og fleksibilitet.

⁶³ (...fortsat)

mellem bestyrelse og direktion, men som i vidt omfang tillader forskellige strukturer i overensstemmelse med tradition og behov i de enkelte selskaber.

Territoriale begrænsninger i distributions- og patentlicensaftaler – nye tendenser i EU-konkurrenceretten?

af

Bent Iversen

Allerede forud for ikrafttrædelsen af den Europæiske Fælles Akt i 1987, hvorved målsætningen om etablering af *det indre marked* blev accentueret, har Kommissionen og EF-Domstolen ført en konsekvent politik over for aftaler mv., herunder samordnet praksis, når sådanne foranstaltninger er gået ud på at skabe en *absolut områdebeskyttelse* for de varer eller tjenesteydelser, som var genstand for virksomhedernes engagement. Denne praksis er siden blevet fulgt op af Retten i Første Instans.

Aftaler, hvorved en af de deltagende parter i forhold til den anden part eller i forhold til udenforstående tredjemænd har opnået en position, hvorefter han som den eneste har kunnet introducere varerne eller tjenesteydelserne inden for et nærmere aftalt, territorielt begrænset område eller i forhold til en bestemt kundekreds, er i flere tilfælde fundet at være i strid med EF-traktatens art. 81, stk. 1, pkt. c, om opdeling af markeder eller forsyningskilder – forudsat øvrige betingelser for anvendelsen af art. 81, stk. 1 [tidligere art. 85, stk. 1] har været opfyldt.

Navnlig *horisontale* aftaler, dvs. aftaler mellem virksomheder på samme trin i produktions- eller distributionsprocessen, er blevet opfattet som en hindring for en realisering af et forudsat mål om markedsintegration. Disse aftaler har i modsætning til de *vertikale* aftaler en »iboende« evne til at føre til markedsopdeling, idet aftaleparterne unuanceret opleves som aktuelle eller potentielle *konkurrenter*, som begge er i stand til på hver sin del af et aftalemæssigt opdelt marked at gennemtvinge »*naked restrictions*«.¹

De følgende bemærkninger om henholdsvis distributions- og patentlicensaftaler vil primært tage sigte på nogle særlige konkurrencebegrænsninger, der kan opstå i forholdet mellem aftaleparter på det vertikale plan. Omdrejningspunktet vil være Kfo 2790/99, hvis kerneområder er aftaler om eneforhandling, franchiseaftaler og selektiv distribution, dvs. typiske eksempler på vertikale

¹ Betegnelsen er blevet brugt i tidlig amerikansk retspraksis som udtryk for ensidige prisfastsættelser og udelukkelse af konkurrenter fra markedet. I modsætning hertil står »*ancillary restraints*«, dvs. konkurrencemæssige begrænsninger, der accessorisk knytter sig til en i øvrigt konkurrencefremmende transaktion, smh. art. 10, nr.15, i Frd. 240/96 om teknologioverførselsaftaler. »*Ancillary restraints*« er et særligt begreb i anglosaksisk retsudvikling, der fremtræder som en nødvendig konsekvens af, at Section 1 i *Sherman Act* ikke indeholder en til EF-traktatens art. 81, stk. 3, svarende dispensationsmulighed. Se i øvrigt bemærkningerne nedenfor om *rule of reason*-doktrinen og sagen *Métropole télévision (M6)* (T-112/99).

aftaler.² Bemærkningerne om patentlicensaftaler vil bl.a. angå de aftaler, der er omfattet af den – i hvert fald indtil videre – gældende Kfo 240/96 om teknologioverførselsaftaler, hvis hovedområde ligeledes er de vertikale aftaler.³

Kfo 240/96 er dog i visse henseender – se f.eks. forordningens art. 3 – præget af Kommissionens tidlige praksis, hvori der spores en tendens til at betragte aftaler mellem en licensgiver og en licenstagere som *horizontale*, når blot aftalerne gik ud på, at licenstagere skulle påbegynde en produktion af de samme varer som dem, der blev produceret af licensgiveren, også selv om han drev virksomhed på et andet geografisk marked end licensgiveren. En sådan *ex post*-vurdering adskiller sig fra den *ex ante*-vurdering, der er blevet lagt til grund i f.eks. amerikansk konkurrenceret, hvor man er gået ud fra, at der foreligger et vertikalt arrangement mellem parterne, når licensaftalen er en nødvendig betingelse for, at licenstagere overhovedet kan komme ind på et givet marked.

Der kan dog peges på, at den mildere behandling af vertikale aftaler mellem ikke-konkurrenter, der er lagt til grund for Kfo 2790/99, formentlig også vil slå igennem i forhold til vertikale aftaler om teknologioverførsel, ligesom det allerede nu kan konstateres, at det vil indgå som et tema i det igangværende arbejde med ændringen af Kfo 240/96.⁴

Det rationale, der ligger bag en indskriden over for aftaler, der rummer absolutte territoriale begrænsninger, har bl.a. været en forestilling om, at den »begunstigede« part ikke efter aftale med sin modpart må have mulighed for suverænt at føre en prispolitik, som på utilstodelig vis skader andre virksomheder eller forbrugere inden for det beskyttede område. Inden for området *distribution af varer*, dvs. på det vertikale plan i forholdet mellem en producent og en forhandler, ville dette kunne være konsekvensen, hvis den pågældende part som eneforhandler ikke blot var den eneste virksomhed, der kunne *købe* varerne direkte hos en leverandør, men tillige – i kraft af konkurrencebegrænsninger pålagt leverandøren eller tredjemænd – kunne forhindre en introduktion af varerne i området *ad andre kanaler*. I en praktisk sammenhæng er Kommissionens og EU-retsinstansernes indstilling udtryk for, at andre forhandlere end dem, der kontraktsmæssigt er forbundet med en bestemt leverandør, skal have mulighed for via *parallelimport* af varerne til området at positionere sig som konkurrenter til eneforhandleren. Den overordnede begrundelse for indskriden har været baseret på et ønske om i videst muligt omfang at skabe grobunden for den *markedsintegration*, som er det bærende element i etableringen af det indre marked.

Mulighederne for en parallelimport til det beskyttede område er selvsagt kun praktiske, såfremt varerne rent faktisk er til stede i et andet område end det beskyttede, og at de tilmed dér er prismæssigt attraktive. En indskriden fra

² Derimod er »rene« patentlicensaftaler ikke omfattet af Kfo 2790/99, jf. art. 2, stk. 3, hvorefter gruppefritagelsen efter denne forordning kun vedrører overdragelsen af immaterialrettigheder, når aftalebestemmelser herom ikke udgør *hovedformålet* med aftalen.

³ Kommissionen har taget de første skridt til en ændring af denne forordning. Ændringerne forventes gennemført i løbet af 2003, jf. nærmere nedenfor.

⁴ Allerede i præmisserne i 1982-afgørelsen i *Nungesser mod Kommissionen* (sag 258/78) [omtalt nærmere nedenfor] synes EF-Domstolen dog indirekte at lægge afstand til Kommissionens bekymringer for konkurrencen, når både licensgiveren og licenstagere er producenter af samme vare.

konkurrencemyndighederne vil derfor ske over for andre end forhandleren i det beskyttede område, når disse i deres aftaler med leverandøren har påtaget sig et *eksportforbud*, idet de – ved at forpligte sig til kun at sælge aftalevarerne til kunden inden for deres eget område – har afskåret sig fra et frit kundevalg og samtidig har været part i en aftale, hvis formål er at hindre parallelimport inden for fællesmarkedet. Nødvendigheden og legitimiteten af parallelhandel til et beskyttet område er på et tidligt tidspunkt blevet fastslået af såvel Kommissionen som EF-Domstolen. Af praksis ved disse instanser fremgår klart, at heller ikke andre forhold end dem, der er aftalemæssigt funderet, må tages i anvendelse for at hindre parallelimport til området, jf. f.eks. *Grundig*-sagen fra 1966 og *Béguelin* fra 1971, der fastslog, at påberåbelse af nationale lovbestemmelser om f.eks. varemærkeskyttelse og anbringender om parallelimportørers påståede illoyale konkurrence ikke kunne mobiliseres som et værn over for parallelimport.⁵

I pkt. 62 i *Nungesser*-sagen [omtalt nedenfor] argumenterede den britiske regering som intervenient i sagen for, at en aftalt, territorial områdebeskyttelse mellem en producent og en forhandler ikke kan kvalificeres som »absolut« i tilfælde, hvor det i immaterialretten udviklede *konsumptionsprincip* forhindrer, at en rettighedshaver griber ind over for en tredjemand, som har erhvervet varer, der lovligt er bragt på markedet i rettighedshaverens land, og herefter videresælger disse til en uautoriseret forhandler i det beskyttede område. Domstolen afviste imidlertid denne argumentation med henvisning til, at konkurrencemyndighedernes beføjelse til at bedømme, om en aftale eller samordnet praksis er konkurrencebegrænsende, ikke berøres af, at virksomheder, der berøres af begrænsningerne, påberåber sig traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser [art. 28 og 30] for at unddrage sig begrænsningerne [pkt. 63].

Konsumptionsprincippet, der første gang blev introduceret i den europæiske konkurrenceret i *Centrafarm BV & Adriaan Peijper mod Sterling Drug Inc.* (sag 15/74) medfører, at når produkterne én gang er blevet indført på markedet i et medlemsland [f.eks. af en patenthaver eller en licenstagere eller af andre, der lovligt kan markedsføre produkterne], kan hverken patenthaveren eller licenstagere lægge noget bånd på produkternes videre gang i markedet. Se i øvrigt nærmere om konsumptionsprincippet *Jens Schovsbo: Immaterialretsaftaler* (2001) s. 193 ff. og *Bent Iversen: Licensaftaler & EU-konkurrenceretten* (2001) s. 34-39.

Domstolens henvisning til *Grundig*-sagen i flere efterfølgende sager bekræfter, at det fortsat har været et udgangspunkt for såvel Kommissionen som retsinstanserne i EU, at art. 81, stk. 1, anses for overtrådt, når parterne i deres aftale har søgt at etablere en territorial opdeling i form af en markedsdelingsaftale.⁶

⁵ *Grundig og Consten mod Kommissionen* (sag 56 og 58/64) og *Béguelin mod Import, Export* (sag 22/71).

⁶ Se bl.a. *Hasselblad (GB) Ltd. mod Kommissionen* (sag 86/82), *Sandoz mod Kommissionen* (sag C 277/87), *Tipp-Ex mod Kommissionen* (sag C- 279/87), *van Megen mod Kommissionen* (sag T-49/95), *Javico International/Yves Saint Laurent Parfums* (sag 306/96), *Accinauto SA* (sag T-176/95), *Tepea mod Kommissionen* (sag 28/77) og Kommissionens beslutninger i bl.a. *Theal/Watts* (21.12.1976, EFT 1977 L 39/19), *Novalliance/Systemform GmbH* (4.12.1996, EFT 1997 L 47/11), *Gosme/Martell-Distribution Piper* (15.5.1991, EFT L 185/23) og *Ne-witt/Dunlop/Slazenger International* (18.3.1992, EFT L 131/32).

Enkelte krusninger i praksis kan ikke ændre på det almindelige indtryk af såvel Kommissionens som EU-retsinstansernes overordnede standpunkt.

I *Bayer mod Kommissionen*⁷ havde Kommissionen fastslået, at Bayer AG som moderselskab for Bayer-koncernen havde søgt at begrænse parallelimport af lægemidlet ADALAT til UK fra Spanien og Frankrig, hvor priserne var væsentligt lavere. Bayer gjorde imidlertid gældende, at den adfærd, for hvilken selskabet var blevet pålagt bøde, var *ensidig* og ikke udslag af en »aftale mellem virksomheder«, således som en indskriden efter art. 81, stk. 1, kræver. Retten i Første Instans tiltrådte, at det ikke kunne anses for godtgjort, at der forelå en sådan samstemmende vilje hos Bayer og de pågældende grossister, at der var indgået en »aftale«, som havde haft til formål at forhindre eller begrænse udførslerne af lægemidlet fra Spanien og Frankrig til UK. Et bevis for, at der forelå en aftale i art. 81, stk. 1's, forstand, skulle være baseret på en konstatering af det subjektive element, som kendetegner selve begrebet aftale, nemlig at der foreligger en samstemmende vilje mellem erhvervsdrivende vedrørende iværksættelsen af en politik, tilstræbes et mål eller følges en bestemt adfærd på markedet.

Afgørelsen forekommer venligt stemt over for virksomhederne, men det er nærliggende at gå ud fra, at resultatet i sagen bl.a. er nået derved, at Retten har strammet kravene til den *bevisbyrde*, som Kommissionen skal løfte med henblik på en dokumentation af aftalens beståen. Dommen er i januar 2001 blevet anket til Domstolen af Kommissionen, jf. sag C-2/01.⁸

Det er dog ikke udelukket, at bl.a. ADALAT-sagen kan anskues som nyere eksempel på, at retsinstanserne i EU efter omstændighederne vil være tilbøjelige til at lade frygten for områdebeskyttelse træde i baggrunden, når vægtige modhensyn trænger sig på, og når effekten af et arrangement som det i sagen omhandlede ikke modvirker den markedsintegration, som er et hovedformål med konkurrencereglerne, se f.eks. Domstolens præmisser i *Javico*-afgørelsen fra 1998.

Den sidstnævnte afgørelse er særlig betydningsfuld, dels fordi der var tale om en plenumafgørelse (11 dommere), og dels fordi afgørelsen foretog en grundig undersøgelse af markedsopdelingsklausuler i tidligere sager, herunder bl.a. klausuler om eksportforbud. Dønningerne efter *Nungesser*-sagen⁹ og den lidt yngre *Erauw-Jacquéry*- sag¹⁰, der – omend på et andet retsområde, hvor særlige hensyn [den generelle interesse i udbredelse af ny teknologi] trænger sig på – beskæftigede sig med eksportforbud, har heller ikke lagt sig endnu. Tværtimod har emnet været genstand for behandling senest i Kommissionens beslutning i *Sicasov*¹¹, og vil formentlig – jf. bemærkningerne nedenfor – også komme i fokus i forbindelse med revisionen af Kfo 240/96 om teknologioverførselsaftaler.

⁷ (Sag T-41/96).

⁸ Se i øvrigt om aftalebegrebet i art. 81, stk. 1, *Peter Stig Jacobsen & Morten Broberg*: EU-ret & Menneskeret 2001 s. 154-55.

⁹ *Nungesser mod Kommissionen* (sag 258/78).

¹⁰ *Erauw-Jacquéry mod Hesbignonne* (sag 27/87).

¹¹ Kommissionsbeslutning af 14.12.1998, EFT 1999 L 4/27.

I *Javico*-dommen tog EF-Domstolen præjudicielt stilling til, om en i en medlemsstat hjemmehørende forhandler, der havde fået i opdrag at distribuere aftalevarerne på områder *uden for Fællesskabet*, kunne være forpligtet af leverandørens forbud mod at sælge varerne på andre områder end de aftalte, herunder om leverandøren gyldigt kunne forbyde forhandleren direkte eller indirekte at reeksportere varerne til et område inden for Fællesskabet.

Domstolen udtalte, at bestemmelser om eksportforbud i en aftale af den omhandlede type, hvor der var tale om et »rent« vertikal arrangement, skal fortolkes som bestemmelser, der *ikke har til formål* at hindre parallelimport og udbydelse til salg af aftalevarerne på EU-markedet.¹² Bestemmelserne skulle derimod give leverandøren sikkerhed for at kunne *trænge ind på* et marked uden for Fællesskabet gennem afsætning på dette marked af tilstrækkelige mængder af de varer, som aftalen vedrører. En sådan fortolkning kunne tillige støttes på den omstændighed, at forbudet mod salg uden for det af aftalen omfattede område også gjaldt alle andre tredjelande. Bestemmelserne om forbud mod direkte salg *inden for Fællesskabet* og mod reeksport af varerne *til Fællesskabet* måtte som udgangspunkt fortolkes på samme måde, dvs. som bestemmelser, hvis formål var at tilgodese ønsket om tilførsel af tilstrækkelige mængder varer til aftaleområderne.

I lyset af den rådende retspraksis om imødegåelse af områdebeskyttelse forekommer det ikke uden videre velbegrunder at skelne mellem på den ene side et tilfælde, hvor varerne bevæger sig fra ét medlemsland til et andet – i hvilket tilfælde forekomsten af et eksportforbud ville have bragt aftalen i strid med art. 81, stk. 1 – og på den anden side den i hovedsagen omhandlede situation, hvor forhandleren har fået tildelt et område uden for Fællesskabet. I begge tilfælde synes formålet med overhovedet at aftale et eneforhandlingsområde at være, at forhandleren skal koncentrere sin markedsføringsindsats om dette område og ikke sprede sin virksomhed til andre områder, hvad enten disse er beliggende inden for Fællesskabet eller i et tredjeland uden for eneretsområdet. Som præmisserne er formuleret, må de fortolkes som udtryk for, at traktatens konkurrencebegrænsende bestemmelser skal tilgodese bestræbelserne på at skabe markedsintegration inden for Fællesskabet, hvorimod det som udgangspunkt ligger uden for formålet at skabe integration mellem medlemsstaterne og tredjelande uden for Fællesskabet.

Domstolen afbøder dog i et vist omfang sit hovedsynspunkt ved at tilføje, at selv om de omhandlede aftalebestemmelser ikke ansås at have til formål at hindre eller fordrøje konkurrencen inden for Fællesskabet i art. 81, stk. 1's forstand, måtte det dog tilkomme *de nationale domstole* at tage stilling til, om de rent faktisk kom til at virke på denne måde. I denne forbindelse kunne det bl.a. tillægges betydning, om der rådede mærkbare prisforskelle mellem varer uden for EU og varer inden for Fællesskabet.

Som bekendt førte mængden af sager anmeldt over for Kommissionen med henblik på fritagelse i medfør af art. 81, stk. 3, til, at Kommissionen med hjemmel i Rfo 19/65 udstedte en forordning om gruppefritagelse for kategorier af eneforhandlingsaftaler, Kfo 67/67, senere afløst af Kfo 1983/83, der for sit vedkommende blev ophævet med Kfo 2790/99, jf. om denne forordning nedenfor.¹³

¹² Lignende betragtninger ville næppe kunne bringe en aftale uden for området af art. 81, stk. 1, såfremt aftalen var indgået mellem producenter af konkurrerende varer, smh. Kommissionens beslutning *Siemens/Fanuc* (18.12. 1985, EFT L 376/29) om forholdet til art. 3 litra a) i den tidligere gældende gruppefritagelsesforordning 67/67 – se om denne afgørelse *Bent Iversen: Formidlingsaftaler & EF-konkurrenceretten* (1996) s. 112.

¹³ Den tidlige introduktion af gruppefritagelsesforordningerne afspejler den mere eller mindre officielle holdning til anmeldelsessystemet i henhold til Rfo 17, nemlig at det på det vertikale plan aldrig ville komme til virke efter sin hensigt, smh. *Berry Hawk: Common Market Law* (fortsættes...)

Både Kfo 67/67 og Kfo 1983/83 [samt tillige den senere udstedte gruppefritagelsesforordning for franchiseaftaler [Kfo 4087/88]] afspejlede det hidtidige syn på territoriale begrænsninger, og holdningen blev videreført i afløseren for disse forordninger, Kfo 2790/99, jf. art. 4, pkt. b, hvis udtrykkelige modifikation om den tilladte begrænsning af de i et *selektivt distributionssystem* deltagende virksomheders salg til uautoriserede forhandlere blot blåstemplede en praksis, der allerede under de tidligere forordninger havde udviklet sig på et særligt, nærmere kvalificeret distributionsområde.¹⁴

Kfo 2790/99 indvarslede imidlertid en ny »stil« for gruppefritagelsesforordninger, fordi forordningen ved at tillægge virksomhedernes *markedsstyrke* betydning tilsigtede at tage brodden af den kritik, der var blevet rejst mod forgængerne på området. En berettiget indvending mod de tidligere forordninger, gik nemlig på, at disse ved udelukkende at fokusere på, om en bestemt *kontraktstype* opfyldte visse særligt fremhævede »hvidlistede« vilkår og ikke var i modstrid med visse fundamentale »sortlistede« konkurrencebegrænsninger, tillod, at aftaleparterne lovligt kunne praktisere en aftale, selv om denne angik forholdet mellem to parter, der samlet eller hver for sig havde en sådan *territorial* markedsstyrke, at andre aktører på markedet reelt blev udelukket. I modsætning hertil følger det nu af art. 2, stk. 1, i Kfo 2790/99, at gruppefritagelsen angår aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til disse aftaler¹⁵ virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når disse aftaler eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan »købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester«. ¹⁶ De nærmere »betingelser« for disse »vertikale aftaler«

¹³ (...fortsat)

Review 1995 s. 974, hvorefter dette system repræsenterer en »systemfejl« i europæisk konkurrenceret.

¹⁴ Se om selektiv distribution *Bent Iversen: Formidlingsaftaler & EF-konkurrenceret* s. 219-34, hvorefter et selektivt salgssystem allerede på et tidligt stade af Fællesskabets konkurrenceret blev godkendt som en konkurrenceform, der var i overensstemmelse med art. 81, stk. 1, såfremt udvælgelsen af en videreforhandler [af særlige »imageprodukter«, f.eks. kosmetik] sker på grundlag af objektive kriterier for forhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgslokalers beliggenhed, og såfremt disse betingelser fastsættes ens for alle mulige videreforhandlere og anvendes uden diskriminering.

¹⁵ Den danske forordning bruger – i art. 2, stk. 1 – fejlagtigt formuleringen »i relation til denne forordning«. Se derimod den engelske formulering »for the purposes of the agreement«, der udtrykker den korrekte regulering, at f.eks. en aftale mellem producenterne A og B, der fremstiller substituerbare produkter, betragtes som et [gruppefritaget] vertikalt arrangement, såfremt f.eks. A giver B forhandlingsretten for sine produkter.

¹⁶ De tidligere gruppefritagelsesforordninger indeholdt snævrere rammer for deres anvendelighed. F.eks. angik Kfo 1983/83 alene »eneforhandlingsaftaler« om levering af »bestemte varer« – og altså ikke tillige »tjenester« – og formålet med leveringen var, at forhandleren skulle *videresælge* varerne. Gruppefritagelsen kunne derfor ikke påberåbes ved køb af varer til egen anvendelse i deres oprindelige form eller til anvendelse som »mellemprodukter«. Se i øvrigt nærmere om forholdet til de tidligere forordninger *Bent Iversen: Juristen* 2000 s. 219-30.

fremgår ikke af forordningen, der blot kræver respekt af de i art. 4 og art. 5 nævnte *hard core*-begrænsninger og desuden kræver, at leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvorpå denne sælger aftalevarerne eller -tjenesterne, jf. art. 3, stk. 1, eller – hvis det drejer sig om aftaler, der indeholder eksklusive leveringsforpligtelser – køberens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvorpå denne køber aftalevarerne eller -tjenesterne, jf. art. 3, stk. 2.

I konsekvens af indførelsen af markedsandel som det bærende kriterium opgav Kfo 2790/99 sondringen mellem sort og hvidt, hvorimod – som nævnt – forbudet mod de fra de tidligere gruppefritagelsesforordninger kendte *hard core*-begrænsninger, herunder forbudet mod bindende videresalgspriser i efterfølgende omsætningsled og forbudet mod absolut områdebeskyttelse, jf. art. 4, og reglerne om konkurrenceklausuler, jf. art. 5, er blevet opretholdt.

Med det forbehold, at det altid vil kunne være et åbent spørgsmål, om man ved at sætte markedsandelen til 30 % har ramt den typisk »rigtige« markedsstyrke, har den nye forordning ved *overhovedet* at implementere en økonomisk tilgang til konkurrencereglerne, taget hensyn til den indvending, at det vil kunne indebære negative virkninger for markedsintegrationen, at der på aftalemæssigt grundlag sker en regulering af *intrabrand*-konkurrencen. Foranstaltninger, der går ud på at beskære antallet af forhandlere på et givet marked, vil kunne gøre det lettere for en leverandør at opdele markedet og give én forhandler en urimelig fordel på bekostning af de øvrige virksomheder. Jo mere grænsen for den »lovlige« andel af det »relevante marked« indsnævres [fra i princippet 100 % under de tidligere forordninger til nu 30 %], desto større sandsynlighed er der for, at *interbrand*-konkurrencen udfolder sig frit. Hvis den vertikale struktur står over for en stærk konkurrence fra andre leverandører af produkter, der kan betragtes som substitutionsprodukter, er det sandsynligt, at effektivitetsgevinsten ved vertikale begrænsninger i form af f.eks. eneforhandling eller franchising vil komme forbrugerne til gode. Hvis til gengæld den vertikale struktur har tilstrækkelig markedsstyrke, vil virksomhederne være mindre motiveret til at nedsætte priserne og måske i stedet være tilbøjelige til at opsluge eventuelle effektivitetsgevinster som ekstra fortjeneste. En højere markedsandel end 30 %, f.eks. en markedsstyrke på 40-45 % af det relevante marked, ville i betænkelig grad have udmøntet sig i en tilstand, hvorefter kun vertikale aftalebegrænsninger pålagt af en *dominerende virksomhed* ville blive anset for problematiske.¹⁷

Leverandørens – ved aftaler om eksklusive leveringsforpligtelser: køberens – markedsstilling fastlægges først og fremmest på grundlag af hans markedsandel på det relevante *produktmarked* og *geografiske marked*, jf. art. 9, stk. 1.

Medens det relevante produktmarked ud over aftalevarerne omfatter alle de varer, som forbrugeren anser for substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål, omfatter det geografiske marked det marked, hvor de deltagende virksomheder leverer produkter, og som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår og kan skelnes fra de

¹⁷ Smh. de markedsandele, der er fundet relevante ved bedømmelsen af indskriden i medfør af traktatens art. 82, *Lundgaard Hansen m.fl.*: EU konkurrenceretten (1998) s. 131 ff.

tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er mærkbart forskellige. Det relevante marked afgrænses derefter ved en kombination af produktmarkedet og det geografiske marked.¹⁸ Om anvendelsen af afgrænsningskriterierne i praksis se f.eks. pkt. 16 i *Delimitis*¹⁹, der angik markedet for salg af øl i virksomheder, der sælger alkoholholdige drikkevarer, som indtages på stedet.²⁰

I *Roberts/Greene King*²¹, hævdede sagsøgerne, to pubejere, der eksklusivt havde forpligtet sig til at købe øl hos et bestemt bryggeri, at denne købsforpligtelse var ugyldig som stridende mod art. 81, stk. 1. Pubejerne fandt, at markedsafgrænsningen i *Delimitis* var sket på et forkert grundlag, idet det relevante marked burde være fastlagt til salg fra pubber og ikke – som sket i dommen – til salg fra pubber og klubber under ét.

Retten i Første Instans tiltrådte imidlertid den markedsafgrænsning, Kommissionen havde foretaget, idet Retten – måske ikke ganske berettiget – lagde vægt på, at de *fællestræk*, der er relevante for afgrænsningen af det pågældende øl-marked, gælder uden forskel for såvel pubber som klubber, selv om disse etableringer indbyrdes udviser betydelige forskelle, hvad angår de omgivelser og den atmosfære, hvori salget foretages, karakteren af den tjenesteydelse, som er forbundet dermed, og endog de priser, der anvendes i disse etableringer.

Kommissionens beslutning i *Roberts/Greene King* blev truffet i november 1998, på hvilket tidspunkt Kommissionen var langt inde i overvejelserne om at tage hensyn til den kritik af den beslutningspraksis, der var fremsat fra flere sider gennem 1980'erne og begyndelsen af 1990'erne. Kritikerne havde i stigende grad peget på, at denne praksis afspejlede, at Kommissionen generelt var alt for tilbøjelig til at antage, at *vertikale* arrangementer udgjorde begrænsninger, der generelt var lige så farlige for konkurrencen som *horisontale* aftaler. Kritikken var bl.a. rettet mod Kommissionens åbenbare frygt for, at en manglende indskriden over for vertikale aftalebegrænsninger ville resultere i en begrænsning af den »økonomiske frihed« for den enkelte part i aftalen.

Se om denne kritik bl.a. *Korah & Rothnie*: Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules (1992) s. 51-56, *Korah & O'Sullivan*: Distribution Agreements under the EC Competition Rule (2002) s. 73-76. *Richard Whish* i Common Market Law Review 2000 s. 887-924 og *Barry Hawk* i Common Market Law Review 1995 s. 973-89. Navnlig sidstnævnte er hård i sin bedømmelse af Kommissionens holdning til vertikale aftalebegrænsninger, idet han peger på, at Kommissionen har været for tilbøjelig til at anse en begrænsning omfattet af art. 81, stk. 1, til trods for, at en mere indgående *økonomisk analyse* af omstændighederne i de rejste sager ville have afsløret, at det ville være udtryk for en fejltagelse overhovedet at anvende art. 81, stk. 1.

¹⁸ Se nærmere Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9. december 1997). Se tillige om alternative måder og praksis til bestemmelse af markedsstyrke *Korah & Rothnie*: Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules (1992) s. 11 ff.

¹⁹ *Delimitis mod Henninger Bräu* (C-234/89).

²⁰ I den nedenfor omtalte sag *Métropole télévision (M6)* fandtes markedet for betalings-TV (»pay per view«) at udgøre et selvstændigt produktmarked adskilt fra det marked, hvortil der uden betaling var adgang for TV-seere.

²¹ (Sag T-25/99).

Hawk peger endvidere, anf. st. s. 975, på Kommissionens »historiske og fortsatte modvilje« mod at tage ved lære af *Domstolens* flere gange i og uden for forhandlerområdet udtrykte opfordring til kun at anvende art. 81, stk. 1, når en gennemgribende økonomisk og nuanceret bedømmelse taler herfor.²² I stedet har Kommissionen – ifølge kritikken – »givet op« og ladet den konkurrenceretlige bedømmelse af en given aftale bero på en fortolkning af, om betingelserne for dispensation i medfør af art. 81, stk. 3, har været til stede eller ej.²³ Navnlig i Kommissionens tidlige praksis har der kun i få tilfælde været en svag antydning af, at Kommissionen har villet lytte til *Domstolens* synspunkter.²⁴

En del af den retsikkerhed, der har været – og fortsat er – forbundet med anvendelsen af art. 81, må tilskrives opsplitningen af art. 81 i *på den ene side* art. 81, stk. 1, der rummer beskrivelsen af de omstændigheder, der gør, at aftalen eller dele af denne er konkurrencebegrænsende, og *på den anden side* art. 81, stk. 3, med bestemmelsens indhold af omstændigheder, der bevirker, at aftalen eller enkelte vilkår i denne »alligevel ikke« bør rammes af forbudet i art. 81, stk. 2.

Hvis der – i stedet – på grundlag af en gennemgribende økonomisk baseret analyse af markedsforholdene med en samtidig fokusering på omfanget af *interbrand*-konkurrencen, gøres op med den konkurrencebegrænsende virkning af aftalen, kunne en anvendelse af art. 81, stk. 3 [og gruppefritagelsesforordningerne], »gemmes bort« til anvendelse i de formentlig få tilfælde, hvor andre hensyn end de økonomiske (politiske, beskæftigelsesmæssige eller sociale hensyn mv.) fandtes at burde holde aftalen fri fra et forbud.²⁵

En sådan fortolkning, der bygger på anvendelsen af den i amerikansk antitrustpraksis baserede *rule of reason*-model, lader sig imidlertid ikke gennemføre på det nuværende hjemmelsgrundlag. Opbygningen af art. 81 udelukker, at der allerede ved fortolkningen af stk. 1 foretages en afvejning mellem aftalens konkurrencebegrænsende og dens konkurrencefremmende virkninger. Hertil kommer, at art. 81, stk. 3, ikke tillader, at andre omstændigheder end *økonomiske hensyn, der kommer forbrugeren til gode*, tillægges betydning ved afgørelsen af, om der bør meddeles dispensation fra art. 81, stk. 1.

Afvisningen af at underkaste art. 81, stk. 1, en *rule of reason*-fortolkning er nu tiltrådt af Retten i Første Instans i *Métropole télévision (M6)*²⁶, der angik etableringen af et system til udsendelse mod betaling af fjernsynsprogrammer mv. i digital form via satellit til fransktalende seere i Europa. Med den ovenfor givne begrundelse – den fastlåste opsplitning af art. 81 i stk. 1, hvis

²² Se f.eks. fra forhandlerområdet ud over *Brasserie de Haecht (I)* og *Delimitis mod Henninger Bräu*, der begge er omtalt ovenfor, *Société technique minière/ Maschinenbau Ulm* (sag 56/65), fra selektiv distribution f.eks. *Metro (I) mod Kommissionen* (sag 26/76), fra franchiseområdet *Pronuptia de Paris GmbH mod Schillgalis* (sag 161/84) og fra licensaftaleområdet *Erauw-Jacquéry mod Hesbignonne* (sag 27/87).

²³ Således bl.a. *Langnese-Iglo GmbH* (26.7. 1993, EFT L 183/19) og *Schöller Lebensmittel GmbH* (26.7. 1993, EFT L 183/1).

²⁴ Se dog nu Kommissionens beslutning i *Whitbread* (24.2.1999, EFT 1999 L 88/26) om gyldigheden af en konkurrenceklausul. Desuden bør det bemærkes, at de hyppigt anvendte *comfort letters*, dvs. Kommissionens skriftlige erklæringer om, at der ikke findes grundlag for en indskriden efter art. 81 eller art. 82, som oftest ikke tilkendegiver, om den manglende indskriden skyldes, at den undersøgte aftale eller praksis falder uden for art. 81, stk. 1, eller skyldes, at betingelserne for dispensation i medfør af art. 81, stk. 3, er fundet at være til stede.

²⁵ Smh. *Barry Hawk*, anf. sted, s. 986.

²⁶ (Sag T-112/99).

funktion er at fastslå, om en given aftale eller samordnet praksis er konkurrencebegrænsende, og stk. 3, der rummer en dispensationsmulighed – fastholder Retten udtrykkeligt [i præmisserne 75 og 76], at heller ikke en række tidligere afgørelser, hvor *EF-Domstolen* tilsyneladende har anlagt en mere fleksibel fortolkning af forbudet i art. 81, stk. 1, kan tolkes som udtryk for, at der skulle gælde en *rule of reason* i Fællesskabets konkurrenceret.²⁷

Med den formelle accept af den økonomiske tilgang til behandlingen af vertikale konkurrencebegrænsninger har Kommissionen nu – i hvert fald for så vidt angår aftaler mellem ikke-konkurrerende virksomheder – taget en væsentlig del af brodden af den tidligere kritik.

I de af Kommissionen udarbejdede Retningslinier for vertikale begrænsninger (Meddelelse 2000/C 291)[»Retningslinierne«] fremhæver Kommissionen nu flere steder som et analysegrundlag for fremtidige sager, at de fleste vertikale begrænsninger kun giver anledning til konkurrencemæssige problemer, *når der ikke er tilstrækkelig konkurrence mellem forskellige mærker (interbrand-konkurrence)*, dvs. når der på leverandør- eller købersiden foreligger en vis markedsstyrke, dvs. en evne til at forhøje prisen på varerne over det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked uden samtidig at tiltrække nye virksomheder til markedet. Endvidere fremhæves det, at begrænsninger i interbrand-konkurrencen generelt er mere skadelig end begrænsning af intrabrand-konkurrencen. Mere specifikt giver Kommissionen udtryk for, at fraværet af en tilstrækkelig interbrand-konkurrence vil kunne medføre en indskriden over for særligt skadelige begrænsninger, herunder navnlig en afskærmning af markedet for andre kunder gennem en forhøjelse af adgangsbarrierer, dvs. begrænsninger på det territoriale plan, samt en række begrænsninger med et tilsvarende sigte, bl.a. »mærkeeksklusivitet«, hvor en køber tilskyndes til at samle sine ordrer på en bestemt type produkt hos en enkelt leverandør [konkurrenceklausuler og mængdeforpligtelser] mv. Generelt gælder det, at vertikale begrænsningers eventuelle negative virkninger vil blive forstærket, når flere leverandører og deres købere tilrettelægger deres relationer på samme måde [»kumulative virkninger«].

Tilbage står imidlertid, at Kommissionen *ikke* med den nye gruppefritagelsesforordning har opgivet den uforsonlige holdning til aftaler, der giver den enkelte forhandler absolut territorial beskyttelse. Selv om forhandleren A har fået tildelt et eneforhandlingsområde eller en bestemt kundegruppe, må han efter udgangspunktet i art. 4 b) finde sig i, at leverandøren selv eller en anden forhandler B, der har fået tildelt et eksklusivområde eller en eksklusiv kundekreds, sælger produkterne eller tjenesteydelserne inden for A's område eller til A's særlige kundekreds. Denne mulighed er ikke udtrykkeligt omtalt i forordningen, men er fremhævet i pkt. 50 i Retningslinierne, der fastslår, at en beskyttelse af eneforhandlingsområder eller eksklusivt tildelte kunde grupper skal tillade *passivt salg* til sådanne områder eller kunde grupper. Derimod følger det udtrykkeligt af modifikationen til udgangspunktet i art. 4 b), at begrænsning af *aktivt salg* ind i eksklusivområdet eller til den reserverede kunde gruppe er omfattet af gruppefritagelsen.²⁸ Det aktive salg er i pkt. 50 defineret

²⁷ Blandt de afgørelser, der har interesse i denne sammenhæng – betydningen af vertikale aftalebegrænsninger – nævner Retten *Société technique minière/Maschinenbau Ulm* (sag 56/65), *Pronuptia de Paris GmbH mod Schillgalis* (sag 161/84) og *Nungesser* (sag 258/78).

²⁸ Leverandøren kan over for den enkelte forhandler forpligte sig til at lade et forbud mod aktivt (fortsættes...)

som »aktiv henvendelse til individuelle kunder, der er omfattet af en anden forhandlers eneforhandlingsområde eller eksklusivt tildelte kundekreds.....« [f.eks. i form af post eller besøg, eller B's aktive henvendelse til en bestemt kundegruppe.... i reklamer eller andre salgsmetoder, der specifikt er rettet mod A's kunder... eller B's oprettelse af lager eller anden distributionskanal i A's område.]. Heroverfor står det passive salg, der omfatter »besvarelse af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af varer eller tjenester til disse kunder«... [aftalen mellem leverandøren og B kan ikke gå ud på at begrænse B's muligheder for at effektivisere sådanne ordrer, selv om de hidrører fra kunder i A's område].

Sondringen mellem de to former for salg [B kan lovligt begrænses i henseende til den »udfarende« kraft, men ikke i henseende til den »passivt modtagende« funktion] er lettere at gengive teoretisk, end det er at give en praktisk anvisning på, hvad B »kan« eller »ikke kan«.

Det princip om »markedsintegration«, der ligger bag modstanden mod territoriale begrænsninger, er nemlig bl.a. blevet kraftigt understøttet af udbredelsen af *internettet*, der imidlertid i sig selv har skabt afgrænsningsproblemer på et andet niveau.²⁸ Ifølge pkt. 51 i Retningslinierne er det udgangspunktet, at brugen af internettet ikke kan betragtes som en form for aktivt salg. Den omstændighed, at det kan have virkninger uden for B's eget område eller hans egen kundegruppe, skyldes teknologiske forhold, dvs. den nemme adgang uanset geografisk placering. Hvis derfor en kunde i A's område besøger B's websted og derefter kontakter B, og en sådan kontakt fører til salg og levering, skal dette betragtes som et passivt salg, som B's aftale med leverandøren ikke kan begrænse. Anderledes derimod, såfremt en henvendelse via nettet rettes til A's kunder, f.eks. i form af uopfordrede e-mails, der sendes til individuelle kunder eller bestemte kundegrupper.

En række mellemtilfælde, der ikke dækkes af de to eksempler, er ikke løst i Retningslinierne, der heller ikke har givet noget svar på, om internettet i sig selv kan udgøre »det relevante marked« i forordningens art. 3, stk. 1. Et spørgsmål herom kunne blive aktuelt i en situation, hvor en virksomhed er den første, der bruger internettet som distributionskanal for et bestemt produkt; Retningslinierne lægger nemlig i pkt. 91 til grund, at den anvendte distributionsform er uden betydning for markedsafgrænsningen.

Pkt. 51 går ud fra, at en leverandør kan pålægge kvalitetsstandarder for så vidt angår brugen af webstedet til videresalg af leverandørens varer svarende til, at leverandøren kan opstille standarder for en forretning eller for reklame og salgsmetoder i almindelighed. Et direkte forbud mod handel over internettet anses derimod kun at være tilladt, hvis det er objektivt begrundet, f.eks. hvis sikkerheds- eller sundhedsmæssige hensyn tilsiger et generelt forbud mod at sælge særlige produkter til bestemte kunder.

Den stadige fremhævelse – i såvel kommissionsbeslutninger som i afgørelser fra EU-retsinstanser – af, at markedsintegrationsprincippet kræver åbne grænser, har medført, at den nye gruppefritagelsesforordning ikke har kunnet imødekomme de undertiden berettigede indvendinger mod *free rider*-muligheden.

²⁸ (...fortsat)

salg optage i aftaler med andre forhandlere, jf. *Korah & O'Sullivan*: Distribution Agreements under the EC Competition Rule (2002) s. 184.

²⁹ Se om de – trods alt – få og overskuelige problemer, som art. 2, stk. 2, litra c) i gruppefritagelsesforordning 1983/83 medførte i tiden forud for internettets udbredelse, *Bent Iversen*: Formidlingsaftaler & EF-konkurrenceretten s. 97-98.

I Retningslinierne har Kommissionen ganske vist i nogen grad udtrykt sympati for at tillade begrænsninger, der er dikteret af virksomhedernes ønske om at introducere et nyt produkt på et marked eller introducere dette på et nyt marked.³⁰ I sådanne tilfælde skal forhandleren ofte foretage særlige »førstegangsinvesteringer« for at få en (mærke)vare etableret på markedet. Hvis han ikke kan påregne at få dækket sådanne »sunk costs« – herunder bl.a. hans eventuelle investering i *kundespecifikke foranstaltninger*, dvs. sådanne som måtte vise sig helt eller delvis værdiløse i forbindelse med aftalens eventuelle ophør eller hans *førsalgsservice* i en periode, indtil varen er blevet »kendt« på markedet – vil han ofte mangle et incitament til at konkurrere på disse områder, når han må forvente, at en vid adgang til parallelhandel blot udnyttes af forhandlere, der »skummer fløden« af sådanne investeringer.

En tildeling af en eneforhandlingsret inden for et bestemt område vil kun delvist – måske slet ikke – løse problemet. Hvis afstandene til eksklusivområdet er korte – med heraf følgende lave transportomkostninger til følge – vil bl.a. den nævnte udvanding af mulighederne for at begrænse aktivt salg samt indførelsen af en fælles europæisk mønt [euroen], måske helt fortrænge incitamentet til særlige kundevenlige og omkostningsbesparende [førsalgs]foranstaltninger. Det er endnu for tidligt at spå om, hvorvidt de synspunkter, der var fremme i bl.a. *Erauw-Jacquéry mod Hesbignonne*³¹, vil kunne finde grobund inden for andre sektorer end teknologioverførselsesområdet, eller om de særlige betragtninger om accessoriske forpligtelser i *Métropole télévision (M6) mod Kommissionen*³² og i sager om selektiv distribution, f.eks. *Lancôme mod Etos*³³, vil kunne involvere afgrænsede modifikationer i det absolutte udgangspunkt i gruppefritagelsesforordningens art. 4 b).³⁴

Forholdet mellem traktatens art. 81 og *patentlicensaftaler* er langt mere kompleks end relationerne mellem art. 81 og distributionsaftaler [dvs. de aftaler, som udgør kerneområdet for regulering efter Kfo 2790/99]. Dette skyldes, at der i vurderingen af den konkurrenceretlige effekt af en patentlicensaftale, dvs. en aftale mellem indehaveren af et patent [licensgiver] og en virksomhed [licenstagere] angående udnyttelse af en opfindelse mod erlæggelse af et aftalt vederlag, vil indgå en hensyntagen til andre traktatbaserede grundprincipper end dem, der følger af art. 81.

Det patent, som licenstagere ved aftalen med licensgiveren får retten til at udnytte, hører til kredsen af *enerettigheder*, som er underlagt en særlig beskyttelse

³⁰ Se f.eks. punkterne 116-118.

³¹ (Sag 27/87), der er omtalt nærmere nedenfor under bemærkningerne til Kfo 240/96.

³² (Sag T-112/99).

³³ (Sag 99/79).

³⁴ *Korah & O'Sullivan*: Distribution Agreements under the EC Competition Rule (2002) s. 35-36 peger på, at Kommissionens indstilling over for free rider-problemet til dels skyldes, at Kommissionen har været for tilbøjelig til at anlægge en *ex post*-vurdering, dvs. en vurdering af konkurrenceforholdene *efter* at de særlige investeringer er foretaget og de berørte produkter er blevet efterspurgt. En sådan efterfølgende vurdering fanger imidlertid kun succes-historierne, hvorimod en *ex ante*-vurdering ofte ville være mere fair over for den forhandler, der skal tage stilling til, om det vil være lønsomt at investere i »relationsspecifikke« investeringer, dvs. investeringer, der kan vise sig at være værdiløse for forhandleren, såfremt aftalen med leverandøren ophører.

i traktatens art. 30, 1. pkt. [tidligere art. 36], idet patentet i sig selv udgør en af lovgiveren anerkendt konkurrencebegrænsning. Indholdet af enerettighedens »særlige genstand« for så vidt angår patenter er at sikre patenthaveren en eksklusiv ret til at udnytte sin opfindelse ved som den første at bringe produktet i omsætning og herved gøre det muligt for opfinderen bag patentet at opnå en økonomisk belønning for den kreativitet, han har udvist og samtidig kompensere ham for de udgifter, han har haft i forbindelse med at bringe produktet frem til omsætningsstadiet. Hertil kommer andre udslag af rettens særlige genstand, bl.a. retten til at udstede licenser til tredjemand og retten til at modsætte sig efterligninger af produktet. Herved er kimen lagt til den forkætrede sontring mellem enerettighedens [patentrettens] særlige genstand og *udøvelsen* af retten.

Sontringen skal ses på den baggrund, at den retlige regulering af immaterialretten fortsat i hovedsagen hviler på *national* ret og ikke på fællesskabsbaseret lovgivning. Det tilkommer som udgangspunkt fortsat de nationale myndigheder at fastlægge indholdet af immaterialrettigheder og udøvelsen af disse, jf. traktatens art. 295 [tidligere art. 222], hvorefter de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke berøres af traktaten. Nationale regler, som vedrører nationale forbud og restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit, må imidlertid udformes således, at de kun undtagelsesvis gør indgreb i de *frie varebevægelser*. Reglerne må – som det hedder i traktatens art. 30, 2. pkt. – »hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«.

I den EF-baserede konkurrenceret dukkede sontringen mellem »indhold« og »udøvelse« op første gang i *Grundig*-sagen, hvor en fransk eneforhandlers påberåbelse af nationale regler om varemærker fandtes at stride mod art. 85, stk. 1 [nu art. 81, stk. 1] i det omfang, varemærket efter den dagældende franske lovgivning kunne hindre paralleleksport til Frankrig.

Grundig-sagen var et signal til Kommissionen om, at den holdning til patentlicensaftaler, der i første halvdel af 1960'erne havde præget Kommissionen, ikke var befordrende for markedsintegrationen. Selv om afgørelsen angik distributionsaftaler, efterlod navnlig dens tilkendegivelse om, at art. 81, stk. 1, var anvendelig på såvel horisontale som vertikale aftalebegrænsninger, ikke tvivl om, at også *licensaftaler* kunne have et indhold, som kunne revideres af art. 81.

I Kommissionens meddelelse vedrørende patentlicensaftaler af 24/12-1962 [»Julebudskabet«] havde Kommissionen fastslået, at der lovligt kunne pålægges licenstageren bl.a. en begrænsning i *geografisk henseende* med hensyn til udnyttelsen af patentet [f.eks. »Regionallicens for en del af patentets gyldighedsområde«]. I sin begrundelse herfor erklærede Kommissionen, at territorialbegrænsningens lovlighed skyldtes, at den var dækket af »patentets indhold«, og at begrænsningen blot var ensbetydende med, at »de forbudsbeføjelser, der er indeholdt i patenthaverens eksklusivrettigheder, delvis opretholdes over for licenstageren, som i øvrigt har tilladelse til at udnytte opfindelsen«.³⁵

³⁵ I overensstemmelse hermed blev det i art. 4, stk. 2, i Rfo 17/62 bestemt, at licensaftaler ikke var anmeldelsespligtige.

Kommissionens indstilling – at territorialbegrænsningens eventuelt konkurrencebegrænsende effekt måtte vige for den nationale immaterialretslovgivning – var inspireret af amerikansk antitrustret og tysk retslovgivning om konkurrencebegrænsninger [henholdsvis »the scope of the patent« og »der Inhalt des Schutzrechts«]. Opfattelsen er udtryk for, at sådanne handlinger, som licensgiveren kunne forbyde licenstageren, *uden at de havde indgået aftale herom*, falder inden for patentet og er »immune« over for konkurrenceretlige indgreb.³⁶

De første tegn på, at Kommissionen var på vej mod at opgive 1960'ernes liberale holdning til licensaftaler, kom frem i en række sager i første halvdel af 1970'erne³⁷, idet det i disse sager bl.a. blev fastslået, at eksklusivbestemmelser i licensaftaler kunne involvere konkurrencebegrænsning, fordi de afskar *licensgiveren* fra at meddele andre licenstagere ret til at udnytte patentet.³⁸

I sidste halvdel af 1970'erne ændrer Kommissionens beslutninger karakter, idet Kommissionen – ud over at støtte sig til det gennembrud, der var sket med *Grundigdommen* – henviste til en del afgørelser om relationen mellem de frie varebevægelser og immaterialretten, heriblandt f.eks. *Centrafarm/Sterling Drug*³⁹, der i præmis 9 udtrykte retstilstanden således:

»... inden for patentområdet er den industrielle ejendomsrets specifikke indhold særligt at sikre indehaveren en ret til at udnytte en opfindelse – for at belønne opfinderen for hans kreative anstrengelser med henblik på fremstillingen og den første afsætning af industriprodukter, dels direkte, dels ved at udstede licenser til tredjemænd, såvel som retten til at modsætte sig enhver form for efterligning.«

Sondringen mellem bestemmelser, som dækkes af enerettighedens særlige *indhold* [eksistens, funktion] og *udøvelsen* af rettigheden kom bl.a. til udtryk i *AIOP/Beyrard*⁴⁰, der fremhævede, at hverken den omstændighed, at licensgiveren meddeler licenstageren eneret til at salg og fremstilling af produkter, eller et forbud mod, at licenstageren eksporterer til områder, hvor licensgiveren har indrømmet

³⁶ Se om denne indflydelse på Kommissionens oprindelige indstilling til territoriale begrænsninger i patentlicensaftaler bl.a. *Steven D. Anderman: EC Competition Law and Intellectual Property Rights* (1998) s. 52-54.

³⁷ Se f.eks. Kommissionens beslutninger i de parallelle sager *Burroughs/Delplanque* og *Burroughs/GEHA* (21.12.1971, EFT 1972 L 13/50 og 13/53), *Davidson Rubber* (9.6.1972, EFT L 143/31) og *Bronbemaling/Heidemaatschappij* (25.7.1975, EFT L 249/27).

³⁸ Sådanne begrænsninger kan dog ikke være udslag af patentrettens særlige indhold, idet dette begreb refererer sig til patenthaverens adgang til at forbyde *andre* at foretage visse handlinger, og er i øvrigt tilsyneladende i strid med pkt. E i Julebudskabet fra 1962, hvorefter et sådant forbud ikke ansås for stridende mod art. 85, stk. 1 [art. 81, stk. 1]. Lovligheden af sådanne begrænsninger kan dog fremstå som en *refleks* af, at der pålægges licenstageren en eksklusivt begrænset licens.

³⁹ (Sag 15/74).

⁴⁰ (2.12.1975, EFT L 6/8).

andre tredjemænd licens, hørte ind under substansen i art. 81, stk. 1, og at et eksportforbud i givet fald kun kunne fritages i medfør af art. 81, stk. 3, hvis det – for at formindske risikoen ved de investeringer, der er påkrævede for at vinde indpas på et fremmed marked – kun medførte en midlertidig beskyttelse af licenstageren.

I *Nungesser mod Kommissionen*⁴¹, der vedrørte en aftale om eksklusivlicens på en ny teknologi til fremstilling af såsæd af hybridmajs, tog Domstolen stilling til territorialbegrænsningsspørgsmålet.

I henhold til en aftale mellem et fransk forskningsinstitut INRA og den tyske virksomhed Nungesser fik Nungesser tildelt en eksklusivlicens for Tyskland, idet INRA forpligtede sig til ikke selv eller gennem andre licenstagere at producere eller sælge i Tyskland. Herudover forpligtede INRA sig til at forhindre enhver direkte eller indirekte eksport til Tyskland. INRA ville stå inde for samt forpligte sine successorer til at træffe »alle nødvendige foranstaltninger for at forhindre enhver udførsel« af de omhandlede sorter af såsæd til Tyskland, ligesom Nungesser for sit vedkommende forpligtede sig til ikke at eksportere produkterne.

Kommissionen havde fundet, at aftalens eksklusivbeskyttelse ikke var omfattet af den specifikke immaterialret, men at den skulle opfattes som en udøvelse af denne ret og derfor – svarende til Kommissionens forudgående praksis – var omfattet af traktatens art. 81, stk. 1. Forudsætningerne for en anvendelse af art. 81, stk. 3, fandtes ikke at være til stede, idet der ikke efter Kommissionens opfattelse var tale om et nyt produkt eller et nyt marked. Eksklusivbestemmelsen kunne føre til en isolering af markederne med risiko for prisdifferentiering til følge.

Domstolen anlagde imidlertid en sondring mellem de to former for forpligtelser, idet den første begrænsning [Nungessers eksklusive ret i forhold til licensgiver og andre licenstagere udpeget af licensgiver] måtte betegnes som en *åben eksklusivlicens*, hvor eksklusiviteten kun angik kontraktsforholdet mellem licensgiveren og licenstageren, og derfor »i betragtning af de omhandlede produkters særlige egenskaber ikke i sig selv er uforenelig med Traktatens art. 85, stk. 1 [art. 81, stk. 1]«. Når der som i sagen var tale om licens på en opfindelse, der nylig var blevet udviklet i et medlemsland, kunne en virksomhed, der havde hjemsted i en anden medlemsstat, hvis den ikke fik tilsagt en sådan beskyttelse mod andre licenstagere eller licensgiveren selv, måske være utilbøjelig til at påtage sig risikoen ved at dyrke og bringe produktet i omsætning.

Dette ville efter Domstolens opfattelse være til skade for udbredelsen af ny teknologi og således også for konkurrencen mellem det nye produkt og allerede eksisterende tilsvarende produkter inden for Fællesskabet.

Om forpligtelsen til at forhindre eksport til licensområdet – af Domstolen betegnet som »eksklusivlicens« eller eneret »med fuld områdebeskyttelse« – udtalte Domstolen sig, som sagen var forelagt, kun om parternes forsøg på at begrænse parallelimport/eksport af produkter, der allerede var blevet bragt i handelen af INRA, dvs. om tilfælde, hvor der var sket *konsumption*. Det kom nemlig frem, at parallelimportører og eksportører, der havde tilbudt INRA-såsæd til tyske købere, havde været udsat for sagsanlæg og anden pression fra INRA og Nungesser for at værne Nungessers position som eksklusivproducent og sælger på det tyske marked. Herooverfor fastslog Domstolen, at fuld områdebeskyttelse med henblik på at kontrollere og begrænse parallelimport efter fast praksis [bl.a. *Grundig-sagen*] var uforenelig med traktatens art. 85, stk. 1 [art. 81, stk. 1], og at sådanne foranstaltninger klart ville ligge uden for, hvad der kunne opnå fritagelse i medfør af art. 85, stk. 3 [81, stk. 3].

Domstolen kom derimod ikke direkte ind på spørgsmålet, om Nungesser som licenstagere ville være bundet af en bestemmelse, der forbød virksomheden at

⁴¹ (Sag 258/78).

eksportere til potentielle kunder i andre licenstageres områder, eller om licenstagere i andre områder ville kunne være forpligtet til ikke at eksportere til aftagere i Tyskland. Det følger dog formentlig af dommens formulering, herunder af præmisserne 53 og 58, at et forbud af denne art ville være omfattet af art. 81, stk. 1, idet Domstolen tilsyneladende *sidestiller* en hindring af parallelimport og et eksportforbud pålagt licenstageren.⁴² I præmis 58 udtaler Domstolen nemlig, at det for den åbne eksklusive licens, som altså efter Domstolens opfattelse ikke er i strid med art. 81, stk. 1, er karakteristisk, at den »ikke vedrører tredjemands forhold, som f.eks. parallelimportører eller licenstagere for andre områder«.⁴³

I en senere sag *Erauw-Jacquéry mod Hesbignonne* fandt Domstolen, at en klausul i en aftale om opformering og salg af såsæd, hvorefter en af kontrahenterne er indehaver af visse forædlerrettigheder, og som indeholder et forbud mod, at formeringsvirksomheden sælger og eksporterer basissæd, er forenelig med traktatens art. 81, stk. 1, for så vidt aftalen er nødvendig for, at forædleren kan udvælge autoriserede formeringsvirksomheder. Eller – som det fremhæves i præmis 11 – : »Forædleren må derfor have ret til udelukkende at lade de formeringsvirksomheder, han har meddelt licens, varetage formeringen. For så vidt er den klausul, som forbyder licenshaveren at sælge og eksportere basissæd ikke omfattet af forbudet efter Traktatens art. 85, stk. 1 [art. 81, stk. 1].«⁴⁴

Nungesser udtrykker heller ikke en ganske klar opfattelse med hensyn til, om resultatet kan udstrækkes til licensaftaler i al almindelighed, eller om aftaler med andre kendetegn end de i sagen omhandlede [såsæd af majs] er underkastet den samme behandling. På den anden side er præmisserne 56 og 57 udtryk for en af de hidtil klareste erklæringer om, at en vis beskyttelse *kan være* nødvendig for at beskytte en licenstagere mod »free riders«, idet han i modsat fald – til skade for udbredelsen af ny teknologi – vil kunne være mindre motiveret til at foretage investeringer i anlægsaktiver, driftsmidler mv. til brug ved fremstillingen af produkterne og salget af disse.

Den forskel i retsvirkningerne mellem »åbne« og »lukkede« licensaftaler, som *Nungesser* lægger op, er ikke ført konsekvent igennem i gruppefritagelsesforordning

⁴² Jf. også *Lundgaard Hansen m.fl.*: EU konkurrenceretten (1998) s. 461 og s. 449, og *Jens Fejøl*: EU-konkurrenceret, 2. udg., s. 255.

⁴³ Se også Kommissionens forsigtige udtalelse i pkt. 11 i præamblen til Kfo 240/96, hvorefter fritagelsen af eksportforbud pålagt licensgiveren og dennes licenstagere ikke foregriber en eventuel udvikling i EF-Domstolens retspraksis med hensyn til artikel 30-36 [art. 28 og 30] og artikel 85, stk. 1 [art. 81, stk. 1].

⁴⁴ (Sag 27/87). Afgørelsens uforenelighed med *Nungesser* er kun tilsyneladende. I *Nungesser* var eksportforbudet rettet mod såvel »certificeret« sæd som basissæd, hvorimod forbudet i *Erauw-Jacquéry* kun omfattede basissæd. Grundlaget for afgørelsen kan derfor søges i enerettens »særlige genstand«, der giver rettighedshaveren adgang til at modsætte sig tredjemands uberettigede udnyttelse af rettighederne. Afgørelsen er omtalt af bl.a. *H.H. Lidgard*: Licensavtal i EU (1997) s. 113-15 og *Lundgaard Hansen m.fl.*: EU konkurrenceretten (1998) s. 461.

240/96 om teknologioverførselsaftaler [patent- og knowhow-licenser].⁴⁵ Denne indvending gælder ikke bestemmelserne i art. 1, stk. 1, nr. 1, 2 og 3, om licensgiverens forpligtelse til ikke på licensområdet at meddele licens til andre licenstagere og til ikke selv at udnytte den overførte teknologi på området samt licenstagernes forpligtelse til ikke at udnytte teknologien på licensgiverens område, idet disse bestemmelser er dækket af det, dommen kalder åben licensaftale. Vender man sig til gengæld mod dommens definition af den lukkede licensaftale, som dækker såvel aftaler, der forbyder en licenstag at sælge licensproduktet til kunder, der agter at eksportere det til et område, på hvilket andre licenstagere eller licensgiveren nyder områdebeskyttelse, som aftaler, der begrænser licenstagernes salg til kunder på andre licenstagernes områder, kommer uoverensstemmelsen frem. Art. 3, stk. 3, *forbyder* den første form for begrænsning [forbud mod salg af licensprodukter beregnet til eksport], medens art. 1, stk. 1, nr. 4, 5 og 6, *fritager* den anden begrænsning [begrænsningen af licenstagernes aktive og passive salg på licensområder tildelt andre licenstagere]. Begrænsningen af det passive salg er dog kun gruppefritaget i et tidsrum af højst 5 år regnet fra den første markedsføring på fællesmarkedet af en af licenstagerne, jf. art. 1, stk. 3. Heroverfor står, at efter Kommissionens politik over for vertikale begrænsninger, jf. bemærkningerne til Kfo 2790/99, betragtes *enhver* begrænsning af passivt salg som led i eneforhandlingsaftaler som en »alvorlig« begrænsning.

Som nævnt har Kommissionen taget initiativ til en ændring af Kfo 240/96, der ellers – jf. art. 13, stk. 2 – skulle være gældende indtil 31. marts 2006. I en Evalueringsrapport (No. Com(2001)786) afgivet i december 2001 har Kommissionen peget på en række kritikpunkter, som er rejst mod forordningen i de 4-5 år, den har været gældende. Der er desuden efter opfordring fra Kommissionen indhentet udtalelser fra institutioner, virksomheder m.fl., som har været – eller vil blive – berørt af forordningen. Der er i juli 2002 afgivet ca. 30 svar til Kommissionen. Svarene indgår nu i Kommissionens overvejelser vedrørende indholdet af den nye forordning, hvis ikrafttræden der endnu ikke er sat nogen dato på. Udviklingen har afdækket nødvendigheden af, at en ny gruppefritagelsesforordning dækker en bredere vifte af patent- og knowhowaftaler end den nuværende, ligesom det vil blive overvejet at medtage andre aftaler om intellektuelle ejendomsrettigheder, navnlig licensaftaler om ophavsrettigheder.

I Evalueringsrapporten [pkt. 177] giver Kommissionen udtryk for, at Kfo 240/96 er ude af trit med de seneste reformer med hensyn til vertikale og horisontale aftaler, hvilket påvirker den indre sammenhæng i EU's konkurrencepolitik og reglernes forudsigelighed, ligesom det opleves som en svaghed ved forordningen, at den ikke lægger større vægt på spørgsmål, der vedrører *interbrand*-konkurrencen.

⁴⁵ Opbygningen af gruppefritagelsesforordningen følger det traditionelle mønster: Medens de »hvidlistede« begrænsninger i art. 1 og 2 kan praktiseres af parterne uden risiko for indgriben fra Kommissionens side, udgør begrænsningerne i art. 3 »sortlistede« forpligtelser, der falder uden for gruppefritagelsen. Endelig rummer art. 4 de »grå« begrænsninger, der er omfattet af »indsigelsesproceduren«, og som er fritaget, såfremt Kommissionen ikke reagerer over for begrænsningerne inden for en frist af 4 måneder regnet fra en *anmeldelse* af aftalen.

Med dette udgangspunkt – og med Domstolens faste tilkendegivelser om, at traktatens art. 30's beskyttelse af de immaterielle rettigheder primært refererer til rettighedernes *genstand* og ikke hindrer en anvendelse af art. 81 på *udøvelsen* af disse rettigheder [pkt. 45] – lægger rapporten op til, at en ny gruppefritagelsesforordning opbygges ad modum Kfo 2790/99.

Koblingen til Kfo 2790/99 foreslås skabt gennem indførelse af forbud mod visse alvorlige begrænsninger [absolut områdebeskyttelse, bindende videresalgspriser mv.] Desuden foreslås det, at eksklusivbestemmelser, der efter art. 1 i Kfo 240/96 kun dækker licenser, der giver licenstageren *territorial* eneret, udstrækkes til også at dække eksklusivbestemmelser, der knytter sig til bestemte *kundegrupper*, idet eneretsbestemmelsernes positive og negative virkninger er de samme for de to grupper. Begge har det fælles omdrejningspunkt, at de begrænser både licenstagernes muligheder for at udnytte den overførte teknologi uden for licensaftalens grænser og licensgiverens muligheder for at udnytte sine rettigheder inden for licensaftalens grænser.

Rapportens analyse af licensaftaler mellem ikke-konkurrenter og konkurrenter stemmer overens med den økonomiske tilgang, som Kommissionen har valgt med hensyn til vertikale begrænsninger og horisontale samarbejdsaftaler, jf. rapportens pkt. 125- 29. Derimod er den ikke dækkende for den mere formalistiske, klausulbaserede tilgang, der kendetegner Kfo 240/96, idet flere praktisk forekommende tilfælde, der er omfattet af de sortlistede bestemmelser i forordningens art. 3, reelt må betragtes som værende af vertikal karakter, jf. de i rapportens pkt. 125 nævnte situationer.

På denne baggrund foreslås bl.a. sondringen mellem hvid,- grå,- og sortlistede bestemmelser opgivet og erstattet af en stringent opdeling af betingelserne for gruppefritagelse af aftaler mellem ikke-konkurrenter [vertikale aftaler] og aftaler mellem konkurrenter [horisontale aftaler]. Kommissionen skal – eventuelt i nogle ledsagende retninglinier – opstille grundlaget for denne sondring.

Kommissionen peger [pkt. 122] på, at eksklusivbestemmelser i vertikale retsforhold, som ikke indeholder accessoriske tillægsbestemmelser, som udgangspunkt ikke har nævneværdige negative virkninger for konkurrencen, bortset fra tilfælde, hvor licensen påvirker konkurrencen mellem flere licenstagere [pkt. 123][eksportforbud, jf. bemærkningerne til *Nungesser*] og tilfælde, hvor licenstagere i forvejen har en betydelig markedsstyrke på markedet for licensprodukterne, og eksklusivbestemmelsen styrker denne position [pkt. 124].⁴⁶ Det konkurrencepolitiske valg, der blev truffet ved udformningen af Kfo 240/96, var at fritage eksklusivlicenser, uanset parternes markedsandele. Efter denne forordning vil afskærmningsproblemet kun kunne behandles efter art. 81 ved at trække gruppefritagelsen tilbage.

For aftaler mellem ikke-konkurrenter går Kommissionen ind for, at der for begrænsninger, der har tilknytning til udnyttelsen af de overførte rettigheder, f.eks. de i denne sammenhæng behandlede territorialbegrænsninger og kundebegrænsnin-

⁴⁶ Jf. *Tetra Pak Rausing mod Kommissionen* (sag T-51/89).

ger, foreslås indført en nærmere kvalificeret »dominanstærskel« til imødegåelse af markedsafskærmning [pkt. 184].

Området for en ny forordnings gruppefritagelse af licensaftaler mellem konkurrenter vil efter Kommissionens forslag [pkt. 187-188] kunne omfatte en nærmere bestemt markedsandel samt en angivelse af forbudte [»alvorlige«] begrænsninger, herunder bl.a. aftaler om fordeling af områder og kunder. Herved opnås der overensstemmelse med Kfo 2659/2000 om anvendelse af art. 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler, ligesom der åbnes for en mere nuanceret tilgang til begrænsninger, der i Kfo 240/96 er optaget på den »sorte« liste. Dette vil – efter Kommissionens opfattelse »med rette« – medføre en ringere beskyttelse af de i denne sammenhæng behandlede begrænsninger i eksklusiv-licensaftaler mellem konkurrenter.

Evalueringsrapporten udtaler sig ikke udtrykkeligt om det foreliggende [og nu – i november 2002 – vedtagne] forslag til rådsforordning om gennemførelse af traktatens art. 81 og art. 82 (KOM (2000) 582), hvorefter den i henhold til Rfo 17/62 gældende ordning – med virkning fra 1. maj 2004 – afløses af en ordning med en direkte anvendelig undtagelse, hvor de nationale konkurrencemyndigheder og domstole har kompetence til ikke blot at anvende art. 81, stk. 1, og art. 82, men også dispensationsmuligheden efter art. 81, stk. 3. Det kan imidlertid under en sådan ordning, hvor det hidtidige, centrale anmeldelsessystem delvis ophæves, befrygtes, at bl.a. indførelse af markedsandelstærskler, der erfaringsmæssigt skaber problemer for virksomhederne, vil blive fortolket forskelligt ved de enkelte nationale myndigheder. En afskaffelse af den »sikre havn«, der trods alt har været forbundet med anvendelsen af Kfo 240/96, og overgangen til en ordning, hvor det i første omgang er licensaftalens parter, der skal bedømme omfanget af markedet [og andre specifikke aspekter af licensering af intellektuelle ejendomsrettigheder], kan – navnlig i de første par år af en eventuel ny gruppefritagelsesforordnings levetid – skabe vanskeligheder. Der vil derfor – ud over forordningens operative bestemmelser – være behov for, at Kommissionen supplerer forordningen med nøjagtige *guidelines* for, under hvilke forudsætninger det til tider meget specielle kontraktsforhold mellem licensgiver og licenstagere falder ind under gruppefritagelsen. Herudover vil der være behov for, at der udarbejdes klare retningslinier for, under hvilke betingelser en licensaftale, der ikke er dækket af forordningen, falder inden for området af traktatens art. 81, stk. 1, og for, under hvilke omstændigheder aftalen – eventuelt i tilrettet form – kan opfylde betingelserne for fritagelse i medfør af art. 81, stk. 3. Dette gælder ikke mindst for de territoriale bindinger mv., der er behandlet i det foregående.

Hensættelser – et stedbarn i skatteretten?

af

Inge Langhave Jeppesen

Artiklens titel får nok nogle læsere til at overveje, hvorfor hensættelser skulle være et stedbarn i skatteretten. Hensigten med artiklen er da også at sætte spørgsmålstegn ved hensættelsernes rolle i skatteretten, deres berettigelse og hjemmel. Der vil i artiklen blive fokuseret på hensættelsesproblematikken i relation til det køberetlige mangelsansvar og garantiforpligtelser.

Problematikken omkring fradrag for hensættelser til garantiforpligtelser har eksisteret længe,¹ mens problematikken vedrørende den forskellige skattemæssige behandling af det køberetlige mangelsansvar og en garantiforpligtelse er af nyere dato. Dette må antages at være en følge af, at praksis indtil 1986² ikke tillod fradrag for kortvarige garantiforpligtelser, det vil sige forpligtelser, hvis varighed var under et år. Da varigheden af mangelsansvaret efter købeloven var 1 år, var fradrag udelukket alene med henvisning til forpligtelsens varighed. Det var derfor ikke aktuelt at diskutere, om der skulle gælde de samme regler for de to typer forpligtelser.

Men med sagen, der er refereret i TfS 1994.601(LSR), blev denne diskussion indledt. Sagen drejede sig om et selskab, der i klageåret havde solgt vandingsanlæg til minkfarme og mågenet til dambrug. Der var defekter i dele af materialet, så anlæggene og nettene blev hurtigt delvist nedbrudt. På grund af dette havde selskabet modtaget en del reklamationer op til udløbet af det pågældende indkomstår. Det havde derfor hensat et beløb til dækning af de omkostninger, som det forventede ville opstå i forbindelse med en udbedring af de påberåbte mangler. Det hensatte beløb var fradraget ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Det viste sig efterfølgende, at afhjælpningsomkostningerne langt oversteg det hensatte beløb.

Skattemyndighederne havde ikke godkendt fradraget, da der efter praksis kun var fradrag for hensættelser vedrørende en specielt udstedt garanti og ikke vedrørende det almindelige mangelsansvar efter købeloven.

Over for Landsskatteretten havde selskabet nedlagt påstand om en nedsættelse af indkomsten enten med de faktisk afholdte udgifter til afhjælpningen, som kunne

¹ Se til eksempel LOSRM.VIII.9 og LOSRM 1938.1.18.

² Skattemyndighedens kommentar i TfS 1986.588 ændrede praksis og var foranlediget af 2 sager, hvor der var givet fradrag for forpligtelser, hvis varighed var mindre end 1 år. De to afgørelser er offentliggjort i TfS 1985.226(LSR) og TfS 1986.428(LSR).

henføres til det pågældende års leverancer, eller med et beløb svarende til det oprindeligt hensatte beløb.

For fradrag for de faktisk afholdte udgifter havde selskabet argumenteret med, at:

- Driftsomkostninger normalt var fradragsberettigede, når der var indtrådt en endelig forpligtelse til at afholde udgiften.
- Den skatteretlige pligtpådragelse i almindelighed måtte afgøres på grundlag af de underliggende obligationsretlige regler. Den retlige forpligtelse til at foretage afhjælpning var efter selskabets opfattelse indtrådt på leveringstidspunktet, selv om det økonomiske omfang først kunne opgøres, når køber havde reklameret rettidigt, og sælger havde gennemført afhjælpningen.

For fradrag for det hensatte beløb havde selskabet argumenteret med, at:

- Det i overensstemmelse med gældende praksis var berettiget til at fradrage hensættelser til forventede fremtidige omkostninger, idet disse omkostninger hidrørte fra retlige forpligtelser knyttet til indtægterne i det pågældende indkomstår.
- Den adgang, der var til at fradrage hensættelser til opfyldelse af garantiforpligtelser, ikke kun gjaldt for udtrykkelige garantier, men også for en sælgers mangelsansvar efter købeloven. Udtrykket »garanti« var ikke et juridisk begreb, men blot et mere præcist udtryk for omfanget af et mangelsansvar.

Endelig argumenterede selskabet med, at det selvangivne fradrag i det hele hvilede på retlige forpligtelser, der var pådraget i det pågældende indkomstår. Der var derfor med hjemmel i statsskattelovens § 6a fradrag for de omkostninger, der kunne henføres til disse retlige forpligtelser.

Landsskatteretten afviste muligheden for at fradrage de faktisk afholdte udgifter med den begrundelse, at: *»...den endelige og ubetingede retlige forpligtelse til at afholde udgiften i forbindelse med mangelsansvar først indtrådte ved købers reklamation og selskabets accept heraf...«.*

Muligheden for at fradrage det hensatte beløb blev ligeledes afvist af Landsskatteretten, som indledningsvist fastslog, at: *»...den i praksis hjemlede adgang til hensættelse til garantiforpligtelser var en undtagelse fra den gældende regel, at omkostninger først kunne fratrækkes, når der var opstået en endelig forpligtelse til at afholde dem.«* Landsskatteretten fandt ikke grundlag for at udvide undtagelsesreglen til at gælde hensættelser til forventet tab som følge af det almindelige mangelsansvar efter købeloven, idet dette ikke i modsætning til en garantiforpligtelse havde et reelt selvstændigt indhold.

Det skal tilføjes, at der var dissens ved afgørelsen, da to retsmedlemmer fandt, at der ikke var tale om en realitetsforskel mellem et mangelsansvar efter købeloven og en egentlig garantiforpligtelse i det omfang, at der var tale om oprindelige mangler. De mente derfor, at det hensatte beløb kunne fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

Kendelsen er ganske vist allerede otte år gammel, men den rejser en række centrale spørgsmål i relation til fradrag for hensættelser – særligt de, der vedrører garantiforpligtelser og mangelsansvaret efter købeloven.

Hensættelser og den skattepligtige indkomst

Det første spørgsmål er, hvad en hensættelse er, og hvilken betydning det har for opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Spørgsmålet er affødt af en overvejelse om, hvad der karakteriserer en hensættelse. Der er ingen definition af begrebet i skattelovgivningen.³ Det antages dog i praksis, at hensættelser til tab er omfattet af driftsomkostningsbegrebet i statsskattelovens § 6 a.

I ligningsvejledningen bliver spørgsmålet om hensættelser behandlet i afsnittet om henlæggelsesordninger.⁴ Behandlingen sker ved, at de skattemæssige regler for en række hensættelser bliver omtalt under henvisning til praksis på området. Men henvisningerne til praktisk forekommende situationer indebærer ikke i sig selv en definition af begrebet. Der findes derfor ikke nogen egentlig definition af begrebet i skatteretten, men en eksemplificering af dette med udgangspunkt i praktisk forekommende situationer.

Det må derfor antages, at begrebet er blevet en del af den skatteretlige terminologi gennem en afsmittning fra regnskabsvæsenet, idet grundlaget for opgørelsen af den skattepligtige indkomst typisk er et regnskab.⁵ Terminologien hensættelser blev ganske vist først indført i årsregnskabsloven fra 1981, men begrebet har eksisteret længe før.⁶

Det regnskabsmæssige hensættelsesbegreb var defineret i 4. direktiv artikel 20 og blev nærmere præciseret i en fortolkningsmeddelelse fra EU i 1990.⁷ På grundlag af direktivets definition og fortolkningsmeddelelsens præcisering af begrebet kunne hensættelser i relation til årsregnskabsloven kort beskrives som reservationer til dækning af *tab, forpligtelser* eller *omkostninger*, som på balancetidspunktet var *sandsynlige* eller *sikre*, og hvor usikkerheden knyttede sig til deres *størrelse* og/eller *forfaldstid*.

Med vedtagelsen af den nye årsregnskabslov i 2001 er begrebet defineret dels i lovens § 47 dels i bilag 1, C, nr. 7 til årsregnskabsloven. Hensatte forpligtelser er

³ I kursgevinstloven § 25, stk. 6 er der dog lovgivet om pengeinstitutters hensættelser til tab på debitorer.

⁴ Henlæggelsesordninger behandles i ligningsvejledningen 2001, afsnit E.B.2.6.7.

⁵ Christen Amby, Dansk juridisk nationalrapport, s. 19-20 i Forhållandet mellan bokföring och beskattning og Jakob Bundgaard, Regnskabet og Skatteretten (I) – Årsrapportens civilretlige forudsætninger, SR-Skat 2002, nr. 2, s. 126.

⁶ V. Anthon har således i Statsskatteloven, 1928, s. 46 nogle betragtninger omkring de henlæggelser til reservefonds, som på daværende tidspunkt var en del af beskatningsgrundlaget. Og i bemærkningerne til § 20 i årsregnskabsloven fra 1981 (FT 1980-81, tillæg A, sp. 2983) er det anført, at: »Hensættelser udgør en ny hovedpost under passiverne i balancen.« og »Der er principielt ikke tale om, at selskaberne skal medtage flere forpligtelser end hidtil i balancen, men poster af denne art, som efter praksis har været grupperet sammen med andre gældsposter, skal fremtidig indgå i denne nye hovedpost.«

⁷ Fortolkningsmeddelelse vedrørende bestemte artikler i Rådets fjerde og syvende regnskabsdirektiv, EU-tidende 98/c 16/04, Bruxelles 1990.

herefter defineret som: »Forpligtelser, der er uvisse med hensyn til størrelse eller forfaldstid, og som vedrører regnskabsåret eller tidligere regnskabsår.« Som det fremgår, er begrebet hensættelser erstattet af hensatte forpligtelser. Begreberne synes umiddelbart at dække de samme forhold. Men det fremgår af bemærkningerne til § 47, at anvendelsen af den forskellige terminologi ikke er tilfældig. Der skal således foreligge en reel forpligtelse for virksomheden, hvor usikkerheden alene drejer sig om størrelsen af forpligtelsen eller forfaldstiden for denne.

Hermed er det hensættelsesbegreb, der gjaldt i årsregnskabsloven fra 1981, indskrænket, da det ikke længere er tilladt at foretage hensættelser til omkostninger, som ikke på balancetidspunktet udgør en reel forpligtelse for virksomheden.

Den reelle forpligtelse kan bestå i en juridisk eller en faktisk forpligtelse, hvor den juridiske forpligtelse typisk vil opstå som følge af indgåede kontrakter eller aftaler.⁸

I erkendelse af, at der ikke i skatteretten er en definition af begrebet, er det valgt at »adoptere« den regnskabsmæssige definition, idet den på rammende vis beskriver det, der er også er problemet med hensættelser i skatteretten – der er sandsynligvis en forpligtelse, der kan måske endda opgøres en tilnærmelsesvis værdi af den, men det er usikkert, hvornår den bliver aktuel. Med anvendelse af driftsomkostningsterminologien i statsskatteloven § 6 a er udgiften endnu ikke anvendt.

Dette fører videre til anden del af det spørgsmål, der blev stillet indledningsvis, om hvilken betydning hensættelser har for opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Det er gennem tiden forsøgt at definere begrebet skattepligtig indkomst.⁹ Men det lader sig vanskeligt gøre, da der er tale om et dynamisk begreb, hvis dynamik i høj grad er bestemt af skiftende regeringers finanspolitiske tiltag. Begrebet dækker reelt over et sæt af regler, der har til formål at skabe et beregningsgrundlag.

Dette er igen båret af de grundlæggende bestemmelser i statsskatteloven §§ 4 og 6. Statsskattelovens § 6 a anfører, at omkostningerne skal være anvendt, for at de kan fradrages som driftsomkostninger. Hvis der ses på den rene ordlyd af § 6 a, er der derfor ikke fradrag for hensættelser, da de er karakteriseret ved, at der er tale om sandsynlige udgifter, som endnu ikke er anvendt.

Dette harmonerer som udgangspunkt også med Landsskatterettens præmisser i den refererede sag, hvor muligheden for at fradrage hensættelser blev omtalt som værende en undtagelse til reglen om, at omkostninger først kan fratrækkes, når der er opstået en endelig forpligtelse til at afholde dem.

Men samspillet mellem §§ 4 og 6 danner grundlag for nettoindkomstprincippet, og det er måske i dette samspil, at grundlaget for at fradrage hensættelser skal findes. Ole Bjørn berører denne problematik og anfører, at: »Når sammenhængen mellem

⁸ Mogens Nørgaard Mogensen og Kim Füchsel, Hensættelser – IAS 37, Revision og Regnskabsvæsen 1999, nr. 9, s. 33.

⁹ I Lærebog om indkomstskat, 9. udgave, 2000, s. 99 er det herom anført, at: »I ældre finansvidenskabelig teori gik man ud fra, at der kun fandtes ét rigtigt indkomstbegreb, som man søgte teoretisk at analysere sig frem til. Det teoretiske resultat, som man så herefter nåede frem til, mente man, skattelovgivningen burde indrettes efter. I dag er det imidlertid erkendt, at der ikke kan opstilles et a priori rigtigt indkomstbegreb. Begrebet indkomst er et relationsbegreb, hvis indhold må fastlægges under hensyntagen til det brug, der skal gøres heraf.«

udgiftens afholdelse og indkomstens erhvervelse er særlig intim og erfaringsmæssigt begrundet, tillader man fradrag efter § 6 a, uanset at udgiften i retlig forstand endnu ikke er afholdt, når det dog er sandsynligt, at den vil blive det.»¹⁰

Den i praksis hjemlede adgang til hensættelse til garantiforpligtelser

Det er den formulering, som Landsskatteretten anvender i kendelsen i TfS 1994.601, og som leder videre til det næste spørgsmål om, hvorfra denne i praksis hjemlede adgang stammer?

Skattedepartementet anførte i en kommentar¹¹ til afgørelsen i TfS 1985.226(LSR), at: *»...fradragsretten for hensættelser til garantiforpligtelser tillades på grund af garantiens nære sammenhæng med salget, og dermed den indkomst som reelt reduceres, hvis garantiforpligtelsen bliver aktuel.«* Fradragsretten var dog betinget af, at en række betingelser var opfyldt. De var:

- Garantien skal dække oprindelige mangler, som konstateres efter salgstidspunktet
- Der skal i praksis have vist sig at være nogen risiko
- Garantibeløbene skal være væsentlige

Der er reelt set tale om de samme betingelser, som findes i den nyeste udgave af Ligningsvejledningen for erhvervsdrivende afsnit E.B.2.6.7. Det fremgår ikke heraf, hvorfra disse betingelser stammer. Går man imidlertid tilbage til »københavnervejledningen« fra 1978, findes de samme 3 betingelser, men det er her anført, at der er tale om forudsætninger, som ligningschef Moritz Hansen har opstillet i en artikel i Revision og Regnskabsvæsen fra 1963.¹²

Den artikel, der bliver henvist til, er den skriftlige udgave af et foredrag, som forfatteren havde holdt for en kreds af FSR i 1963. På grundlag af en gennemgang af 3 sager konkluderede Moritz Hansen, at: *»Skal man forsøge at konkludere, må man sige, at forudsætningerne for at kunne henlægge til garantiforpligtelse er, ...«*.¹³ Herefter fulgte de 3 velkendte betingelser.

De 3 sager, der blev refereret til, er offentliggjort i LSRM 1958.31, LSRM 1959.144 og LSRM 1963.36. Sagerne fra 1959 og 1963 drejede sig begge om entreprisarbejder, hvor spørgsmålet var, om det forhold, at en del af entreprisensummen var tilbageholdt, kunne begrunde, at beskatningen af beløbet kunne udskydes.

I LSRM 1959.144 var der hensat et beløb på 9.500 kr. til dækning af en indgået garantiforpligtelse i forbindelse med et ledningsarbejde, som en entreprenør havde udført for det kommunale rensningsanlæg. Ved arbejdets afslutning havde der været

¹⁰ Ole Bjørn, Hensættelser til opfyldelse af mangelsansvar, garanti- og serviceforpligtelser, SR-Skat 2002, nr. 1, s. 7.

¹¹ Kommentaren er offentliggjort i TfS 1986.588.

¹² I de tidlige ligningsvejledninger findes således også følgende formulering: »Om garantiforpligtelser se RR 1963, s. 371 (Moritz Hansen).« Se til eksempel Ligningsvejledningen 1979, afsnit L 3.6.7, s. 632.

¹³ Moritz Hansen, Aktuelle Skatteproblemer, Revision og Regnskabsvæsen 1963, nr. 9, s. 371.

enighed om, at der ville være en væsentlig risiko for skader, da ledningen var nedlagt på blød grund. Den aftalte garantisum på 10 % af kontraktsummen var efter arbejdets udførelse hensat på en bankkonto, som entreprenøren ikke kunne disponere over før efter udløbet af garantiperioden.

Landsskatteretten udtalte i sine præmisser, at: *»Da garantisummen efter det således oplyste var hensat i medfør af kontraktens bestemmelser, da klageren havde været afskåret fra at disponere over beløbet, da der forelå en væsentlig risiko for, at der skulle indtræffe skader, hvis afhjælpning det ville påhvile klageren at bekoste, og da garantisummen ikke kunne antages at have oversteget de forventelige omkostninger ved afhjælpningen af sådanne skader...«* kunne garantisummen ikke anses for endeligt indtjent inden garantiperiodens udløb og beløbets betaling.

Den modsatte konklusion nåede Landsskatteretten til i LSRM 1963.36, hvor en installatør havde hensat 9.000 kr. til dækning af en garantiforpligtelse. De 9.000 kr. udgjorde i henhold til kontrakten den sidste rate af enterprisesummen, som først skulle udbetales ved den endelige prioritering. Det var ikke i kontrakten aftalt, at der skulle ske sikkerhedsstillelse for den påtagne garanti, men det var under sagen oplyst, at bygherren og installatøren anså det tilbageholdte beløb for at udgøre den sikkerhedsstillelse, som kunne kræves efter de dagældende bestemmelser i AB 51.

Det var yderligere oplyst, at der ikke havde været nogen særlig risiko for afhjælpningsforanstaltninger, og at de afholdte udgifter til efterreparationer havde været forholdsvis små. Landskatteretten fandt ikke, at installatøren kunne fradrage det tilbageholdte beløb og udtalte blandt andet, at: *»Efter de tilvejebragte oplysninger, herunder klagerens regnskabsmæssige behandling af de løbende indtægter og udgifter ved de pågældende arbejder samt det forhold, at arbejderne ikke havde været særligt risikobehæftede, fandt Landsskatteretten, at...«*.

Det fremgår af de to afgørelser, at der blandt andet blev lagt vægt på, om der var en væsentlig risiko for, at garantiforpligtelsen ville blive aktualiseret. Det må derfor antages, at det er de to sager, der har dannet grundlag for det andet punkt i Moritz Hansens konklusion om, at der i praksis skal have vist sig at være en vis risiko. Kravet, om at garantibeløbene skal være væsentlige, kan sandsynligvis også tilskrives disse sager.

Den sidste sag, der var henvist til, drejede sig om en møbelfabrikant, som havde ydet en tiårig garanti på nogle sovesofaer. Garantien indebar, at han gratis ville istandsætte alt snedker- og polstrerarbejde, som ville fremkomme udover almindeligt slid og misbrug. Landsskatteretten godkendte ikke fradrag for henlæggelsen med den begrundelse, at: *»...den omhandlede forpligtelse ikke var en egentlig garanti for mangler ved det leverede, men en forpligtelse til under de anførte betingelser at foretage reparationer af dette...«*.

Det må antages, at det er denne sag, der har dannet grundlag for den første betingelse om, at garantien skal gælde mangler, der var ved genstanden på leveringstidspunktet.

Det vil sige, at de tre betingelser, der i dag fremstår som en forudsætning for at kunne fradrage hensættelser til garantiforpligtelser, tilsyneladende er én persons konklusion på grundlag af tre konkrete sager.

Et af de interessante forhold i den forbindelse er, at de to af sagerne ikke drejer sig om den problemstilling, som betingelserne i dag er sat i relation til. Det fremgik af referatet af de to sager om entreprisarbejde, at det centrale problem i disse var, om der var erhvervet endelig ret til det tilbageholdte garantibeløb. Det vil sige et spørgsmål om, hvornår indtægten var skattepligtig og ikke et spørgsmål om, hvornår en henlæggelse kunne fradrages.

Et andet interessant forhold er, at der ikke i de pågældende sager er foretaget en nærmere diskussion af hjemlen til at fradrage hensættelser. Der er ikke i sagerne henvist til driftsomkostningsbegrebet i statsskattelovens § 6 a eller til nettoindkomstprincippet.

Det vil sige, at den såkaldte i praksis hjemlede adgang til at fradrage hensættelser tilsyneladende ikke hviler på en begrundet lovhjemmel. Der er ikke i tidligere eller nyere sager foretaget nogen retlig vurdering af, om omkostningsbegrebet i statsskattelovens § 6 a hjemler fradrag for sandsynlige, men ikke afholdte udgifter på grund af dennes sammenhæng med statsskattelovens § 4 og det deraf følgende nettoindkomstprincip. Men ifølge departementets udtalelse i TfS 1986.588 er det nok der, at svaret skal søges.

Rækkevidden af den i praksis hjemlede adgang

Landsskatteretten udtalte i TfS 1994.601, at der ikke i sagen var »tilstrækkeligt grundlag for at udvide undtagelsesreglen til også at gælde for hensættelser til imødegåelse af tab som følge af det almindelige mangelsansvar efter købeloven.«

Denne udtalelse giver anledning til et spørgsmål, om der er en sådan forskel på en garantiforpligtelse og det almindelige mangelsansvar efter købeloven, at det kan begrunde en forskellig skattemæssig behandling af de beløb, der er hensat til dækning af de påtagne forpligtelser.

Mangelsansvaret er fastlagt i købelovens §§ 42-54 og for forbrugerkøb i §§ 75 a-86. Det er ikke hensigten her at give en fylldig beskrivelse af reglerne for det køberetlige mangelsansvar, men snarere at fremhæve de regler, som kan have betydning for den skatteretlige behandling af hensættelsen til mangelsansvaret.

Begrebet mangel er for forbrugerkøbs vedkommende defineret i købelovens § 76, som i stk. 1 anfører, at der foreligger en mangel ved salgsgenstanden, hvis:

- genstanden ikke svarer til den betegnelse, hvorunder den er solgt, eller sælgeren i øvrigt ved køkets afslutning har givet urigtige eller vildledende oplysninger, medmindre disse ikke kan antages at have haft betydning for køberens bedømmelse af genstanden,
- sælgeren eller et tidligere salgsled har givet oplysninger som nævnt i nr. 1 på varens indpakning, i annoncer eller i andre meddelelser, der er beregnet til at komme til almenhedens eller køberens kundskab,
- sælgeren har forsømt at give køberen oplysning om forhold, der har haft betydning for køberens bedømmelse af genstanden, og som sælgeren kendte eller burde kende, eller
- genstanden i øvrigt er af anden eller ringere beskaffenhed eller brugbarhed, end den ifølge aftalen og de foreliggende omstændigheder skulle være, herunder hvis kravene i § 75 a ikke er opfyldt.

Stk. 1 nr. 1-3 angiver mangler i specielle situationer, mens stk. 1, nr. 4 angiver en almindelig mangelsdefinition. Bestemmelsen er fra 2002 blevet suppleret med

købelovens § 75 a, som angiver forudsætninger for, hvornår en vare formodes at være mangelfri. Bestemmelsen er med til at uddybe de elementer, der indgår i det generelle mangelsbegreb i købelovens § 76, stk. 1.

I relation til andre køb end forbrugerkøb er mangelsbegrebet ikke defineret, men det antages, at den ovenfor citerede definition også indeholder en antydning af mangelsbegrebet i relation til sådanne køb.¹⁴

I §§ 44 og 77 a er tidspunktet for afgørelsen af, hvornår der foreligger en mangel, fastlagt. Det fremgår heraf, at manglen skal foreligge på det tidspunkt, hvor risikoen overgår til køber. Det er ifølge købelovens § 17 leveringstidspunktet. Med ændringen af købeloven i 2002 formodes det nu i forbrugerkøb, at der er tale om en mangel, der forelå på leveringstidspunktet, hvis den viser sig inden seks måneder efter leveringen.

Køberen kan senest påberåbe sig en mangel 2 år efter salgsgenstandens overgivelse jvf. §§ 54 og 83.

Garantiforpligtelser adskiller sig fra mangelsansvaret ved, at der ikke findes nogen særlig regulering af området.¹⁵ Det retlige grundlag for garantier bliver derfor de almindelige bestemmelser om aftaleindgåelse i aftaleloven, hvor en aftale som udgangspunkt er indgået, når et tilbud er accepteret rettidigt og indholdsmæssigt er i overensstemmelse med tilbudet.¹⁶

Da garantibegrebet ikke er lovfæstet, må det bero på en fortolkning, hvornår tidspunktet for mangelsbedømmelsen indtræder. I den forbindelse skal der skelnes mellem ejenskabs- og funktionsgarantier.

Egenskabsgarantien er karakteriseret ved, at der indestås for, at det købte på tidspunktet for risikoens overgang havde en bestemt kvalitet. Dermed er tidspunktet for mangelsbedømmelsen ved en ejenskabsgaranti sammenfaldende med købelovens bestemmelser om mangelsansvar.

Funktionsgarantien er mere vidtgående, da den er karakteriseret ved, at genstanden ved normal anvendelse kan fungere i hele garantiperioden. Det vil sige, at sælger indestår for genstandens holdbarhed eller lignende i en periode efter risikoovergangen. Funktionsgarantier udskyder således tidspunktet for mangelsbedømmelsen.

I den kommenterede købelov er det anført, at: *»Giver garantien ikke holdepunkt for at tilsikre en vis holdbarhed, antages den kun at sigte til salgsgenstandens egenskaber på det tidspunkt, da garantien gives.»*¹⁷

En garanti er således karakteriseret ved, at den typisk tilsigter at give køber en bedre retsstilling end efter købelovens almindelige bestemmelser om mangelsansvar,

¹⁴ Jacob Nørager-Nielsen m.fl., Købeloven med kommentarer, 2. udg., 1993, s. 699.

¹⁵ I markedsføringslovens § 4 er der dog en bestemmelse om, at garantitermen kun må anvendes i forbrugerkøb, når den sikrer forbrugeren en væsentlig bedre retsstilling end den, forbrugeren har efter lovgivningen.

¹⁶ Lennart Lyng Andersen m.fl., Aftaler og mellemænd, 4. udg., 2001, s. 37.

¹⁷ Jacob Nørager-Nielsen m.fl., Købeloven med kommentarer, 2. udg., 1993, s. 745.

men at tidspunktet for mangelsbedømmelsen, når ikke andet er aftalt, er tidspunktet for risikoovergangen.¹⁸

Ved en sammenligning af de to typer forpligtelser fremgår det, at de begge som udgangspunkt vedrører mangler, der var ved salgsgenstanden på leveringstidspunktet. Det vil sige, at tidspunktet for mangelsbedømmelsen er ens i de to situationer.

Overordnet må forskellen på de to typer af forpligtelser antages at være det forhold, at mangelsansvaret direkte er reguleret i købeloven, medens garantiforpligtelsen alene er reguleret af de almindelige aftaleretlige regler. Det vil sige, at en garantis forskellighed fra mangelsansvaret afhænger af den konkrete bagvedliggende aftale. Der kan således ikke generelt konkluderes om eventuelle ligheder mellem mangelsansvaret og en garantiforpligtelse.

Bevisbyrden for, at der foreligger en mangel, er derimod forskellig i de to situationer. Når der er tale om en garanti, er det sælger, der har bevisbyrden for, at den påberåbte mangel ikke var tilstede på leveringstidspunktet. Ved mangelsansvaret efter købeloven er det køber, der har bevisbyrden for, at manglen var tilstede på leveringstidspunktet.

Det er nok også det, der har været grundlaget for Told- og Skattestyrelsens udtalelse i TFS 1994.601 om, at: »En afgørende forskel var, at ved garantiforpligtelser ville køberen kunne henholde sig umiddelbart til garantien, mens en køber, der gjorde et almindeligt mangelsansvar gældende, ville være forpligtet til at bevise, at der var tale om en mangel ved salgsgenstanden, der opstod allerede ved leveringen.«

En garantiforpligtelse kan, hvor den er aftalt til at dække konkrete og specificerede mangler, måske synes mere konkret,¹⁹ hvilket tilsyneladende også er tillagt betydning i TFS 1994.601, hvor Landsskatteretten argumenterede for, at en garantiforpligtelse har et reelt selvstændigt indhold. Dermed er det for køber mere enkelt at påberåbe sig en sådan mangel i forhold til den køber, der skal påvise, at der foreligger en mangel i købelovens forstand. Modsat synes en garanti, der alene udstrækker den periode, hvor mangler kan påberåbes i forhold til købeloven, ikke at afvige væsentligt fra købelovens bestemmelser om mangelsansvar.

Når de civilretlige omstændigheder ved de to typer forpligtelser – de har begge udgangspunkt i en aftale, og de vedrører begge oprindelige mangler – kombineres med de tre tidligere nævnte skatteretlige betingelser, der skal sandsynliggøre forpligtelsen, synes det betænkeligt at tillægge det forskellige retlige grundlag for de to typer af forpligtelser en sådan betydning, at det kan begrunde en forskellig skattemæssig behandling af de afledede hensættelser. De to dissenterende dommere i sagen argumenterede da også for, at der ikke var en sådan forskel.

¹⁸ Bernhard Gomard anfører i Obligationsret 1. del, 3. udg., 1998, s. 190 om garanti, at: »En garanti er et løfte om at indestå for, at en bestemt tilstand består, vil vedblive at bestå eller vil indtræde...«.

¹⁹ Michael Serup anfører i Enkelte periodiseringsproblemer i skatteretten i TFS 1991.560, s. 1267, at: »En garanti er blot et mere præcist udtryk for omfanget af et mangelsansvar, og garantien har således blot til formål at give et mere sikkert grundlag for fortolkning af, hvornår der foreligger et mangelsansvar.«

Dermed er der også grundlag for at udstrække den i praksis hjemlede adgang til også at gælde for hensættelser til dækning af udgifter vedrørende det køberetlige mangelsansvar.

Er der behov for en i praksis hjemlet adgang?

Landsskatteretten anførte i sine præmisser i TfS 1994.601, at omkostninger først kan fratrækkes, når der er opstået en endelig forpligtelse til at afholde dem, og at den endelige og ubetingede retlige forpligtelse til at afholde udgiften til et mangelsansvar først indtræder ved købers reklamation og selskabets accept heraf.

Med det retlige udgangspunkt er svaret på overskriftens spørgsmål et ja. Men det giver samtidig anledning til et spørgsmål om, hvornår den retlige forpligtelse i relation til et mangelsansvar indtræder.

Bernhard Gomard skriver, at: *»Både de principale krav og efter omstændighederne også erstatningskrav i kontraktforhold anses for stiftet samtidig med kontraktens indgåelse, uanset at der kun opstår aktuelle krav, når yderligere retsstiftende kendsgerninger er indtrådt...«.*^{20 21}

Et lignende synspunkt, men specifikt i relation til det køberetlige mangelsansvar, anfører Michael Serup i en artikel,²² hvor han argumenterer for, at: *»...i køberetlig henseende er sælgerens endelige og ubetingede retlige forpligtelse til at foretage omlevering eller afhjælpning allerede indtrådt på det tidspunkt, hvor købers fordringsret på en mangelfri genstand er afløst af en ejendomsret til den mangelbehaftede genstand; dvs. når sælger har foretaget levering, og køber har opfyldt sine ydelsespligter.«*²³

At det er aftaletidspunktet (eller leveringstidspunktet), der er afgørende, bekræftes af Højesteretsdommen i UfR 2000.194(H). Sagen drejede sig om modregning i konkurs, hvor det var afgørende at få fastslået, om et erstatningskrav var opstået før eller efter fristdagen. Det pågældende erstatningskrav var opstået som følge af, at den konkursramte virksomhed ikke var i stand til at opfylde de leverancer, der var indgået aftale om. Spørgsmålet var, om dette erstatningskrav var opstået på aftaletidspunktet eller på det tidspunkt, hvor sælger gav køber meddelelse om, at leverancerne ville blive indstillet.

Højesteret udtalte i sine præmisser, at: *»Et erstatningskrav som følge af misligholdelse af denne forpligtelse er udtryk for, at leveringsforpligtelsen ændres til en betalingsforpligtelse, og kravet må i overensstemmelse med de almindelige*

²⁰ Bernhard Gomard, *Obligationsret* 1. del, 3. udg., 1998, s. 90.

²¹ Se ligeledes Mogens Munch, *Konkursloven med kommentarer*, 9. udg., 2001, s. 307, hvor det er anført, at: *»Krav i henhold til en kontrakt, også fx erstatningskrav for manglende eller mangelfuld opfyldelse, er i almindelighed stiftet ved kontraktens indgåelse, dvs. da skyldnerens løfte eller accept kom til den anden parts kundskab, jf. U 2000.194 H...«.*

²² Artiklen er offentliggjort i TfS 1991.543 og TfS 1991.560.

²³ Michael Serup, *Enkelte periodiseringsproblemer i skatteretten*, TfS 1991.560, s. 1264.

obligationsretlige principper anses for stiftet på tidspunktet for denne aftales indgåelse.»

Højesterets afgørelse vedrører ganske vist et erstatningskrav, men under antagelse af, at dette almindelige obligationsretlige princip kan overføres til spørgsmålet om tidspunktet for, hvornår den retlige forpligtelse i relation til købelovens mangelsansvar er endeligt pådraget, betyder det, at pligtpådragelsen er sket på leveringstidspunktet. De omstændigheder, som Landsskatteretten lagde vægt på i TfS 1994.601 – at køber havde reklameret og sælger accepteret – må i den sammenhæng anses for at være det, som Bernhard Gomard karakteriserer som yderligere retsstiftende kendsgerninger, der alene aktualiserer kravet.

Det må derfor antages, at den endelige retlige forpligtelse i relation til købelovens mangelsansvar er pådraget på tidspunktet for risikoens overgang, som i relation til købelovens bestemmelser er leveringstidspunktet. Det samme synspunkt må være gældende for garantiforpligtelser.

Med dette civilretlige udgangspunkt for, hvornår den endelige retlige forpligtelse er pådraget, må svaret på det indledende spørgsmål ændres til et nej. Der er ikke behov for en i praksis hjemlet adgang til at kunne fratrække hensættelser til mangels- og garantiforpligtelser, idet hovedreglen om, at omkostninger først kan fratrækkes, når der er opstået en endelig forpligtelse, er opfyldt allerede på leveringstidspunktet.

Det er spørgsmålet, om Landsskatteretten i TfS 1994.601 under hensyntagen til afgørelsen i UfR 2000.194(H) ville være nået til det samme resultat, eller om der er tale om en bevidst afvigelse fra det civilretlige udgangspunkt. Hvis det er tilfældet, må det betyde, at den endelige retlige forpligtelse i skattemæssig henseende er betinget af mere aktualiserede omstændigheder – såsom købers reklamation og sælgers accept heraf.

Konklusion

Der er i artiklen argumenteret for, at hensættelser er en del af den skatteretlige terminologi, men at der savnes en egentlig skatteretlig definition af begrebet. Med udgangspunkt i årsregnskabets definition af begrebet kan det konkluderes, at der er tale om sandsynlige *forpligtelser*, der er *uvisse* med hensyn til *størrelse* og/eller *forfaldstid*. Denne definition karakteriserer også det centrale i den skattemæssige problemstilling – at der er tale om sandsynlige, men ikke afholdte udgifter.

Spørgsmålet er, om driftsomkostningsbegrebet i statsskattelovens § 6 a også dækker over fradrag for sådanne sandsynlige ikke afholdte udgifter.

Udgangspunktet i praksis er, at det ikke umiddelbart er tilfældet, idet der henvises til, at fradraget for garantiforpligtelser hviler på en i praksis hjemlet adgang til at fradrage hensættelser. Denne adgang er en undtagelse til hovedreglen om, at udgifter kan fradrages, når der foreligger en endelig retlig forpligtelse til at afholde dem.

Som det er fremgået, ligger der tilsyneladende ikke større teoretiske overvejelser bag eksistensen af denne i praksis hjemlede adgang, men dens berettigelse skal nok søges i samspillet mellem §§ 4 og 6 i statsskatteloven – et synspunkt, der bekræftes af Skattedepartementets udtalelse i TfS 1986.588.

Jeg kunne stoppe op her, acceptere dette traditionelle udgangspunkt for problemstillingen og argumentere for, hvorfor hensættelser til mangelsansvaret skal

være omfattet af den i praksis hjemlede adgang til at fradrage sådanne hensættelser. Men jeg kunne også vælge at betragte problemstillingen med udgangspunkt i det civilretlige pligtpådragelsestidspunkt, som blev beskrevet i det foregående afsnit.

Med det udgangspunkt er der ikke behov for at behandle hensættelserne til mangels- og garantiforpligtelser som en undtagelse til hovedreglen om, at der skal være pådraget en endelig pligt. Den sandsynlige udgift (hensættelsen) er derfor umiddelbart omfattet af driftsomkostningsbegrebet i § 6 a.

De tre eksisterende og velkendte betingelser kan så opstilles til dokumentation for og sandsynliggørelse af størrelsen af hensættelserne.

Diskussionen af, om der er tale om et mangelsansvar eller en garantiforpligtelse, vil være irrelevant, idet der under alle omstændigheder er pådraget en endelig pligt. Fradraget vil dermed alene skulle afgøres ud fra, om størrelsen og sandsynligheden af forpligtelsen er dokumenteret.

Om end det fortsat er med udgangspunkt i, at der er tale om en undtagelse til hovedreglen, kan der vel også argumenteres for, at det er det, der er sket i afgørelsen, der er refereret i TfS 2001.803(LSR), hvor Landsskatteretten ændrede på en langvarig praksis om serviceforpligtelser og tillod fradrag for en hensættelse dertil. I præmisserne blev der argumenteret for, at der var tale om betydelige udgifter, som med sikkerhed ville blive aktualiseret. Desuden var der fremført tilstrækkelig dokumentation for udgifternes størrelse.

Det vil sandsynligvis også fremover blive enklere at administrere og kontrollere de skattemæssige hensættelser til mangels- og garantiforpligtelser, idet der ofte vil være overensstemmelse mellem den regnskabs- og skattemæssige hensættelse. Med den nye årsregnskabslov er det en forudsætning for at foretage en regnskabsmæssig hensættelse, at det er sandsynligt, at forpligtelsen vil medføre et træk på virksomhedens økonomiske ressourcer, samt at der kan udarbejdes et pålideligt skøn over forpligtelsens beløbsmæssige størrelse.²⁴

Hvis den nævnte hensættelsesproblematik fortsat betragtes som en undtagelse til hovedreglen, må det antages, at der også fremover vil være fradrag for garantihensættelser, selv om hjemlen hertil kan diskuteres. Dels er der tale om en langvarig praksis, dels er de lignende myndigheder bundet af anvisningerne i ligningsvejledningen. Og man kan næppe forestille sig den rådgiver, der vil argumentere for det uberettigede i et fradrag på grund af manglende hjemmel – og da slet ikke efter, at underskudsforeløb ikke er tidsmæssigt begrænset.

Det må ligeledes antages, at den i praksis hjemlede adgang vil blive udvidet til også at omfatte det almindelige mangelsansvar, idet det vurderes, at der ikke er grundlag for at opretholde det synspunkt, at mangelsansvaret adskiller sig fra garantiforpligtelsen i et sådant omfang, at det kan begrunde en forskellig skattemæssig behandling. I den forbindelse vil det muligvis også være af betydning, at reklamationsfristen for mangelsansvaret nu er to-årig. Denne udvikling af undtagelsens rækkevidde er allerede begyndt med afgørelsen i TfS 2001.803(LSR) og Told- & Skattestyrelsens efterfølgende genoptagelsescirkulære 2002-12.

²⁴ IAS 37, punkt 14.

Svaret på det indledende spørgsmål, om hensættelser i skatteretten er et stedbarn, afhænger af, om der er overensstemmelse mellem den civilretlige og skatteretlige kvalifikation af, hvornår der er sket en endelig pligtpådragelse. Som den skatteretlige kvalifikation foreligger beskrevet i praksis i dag, er det min opfattelse, at der er tale om et stedbarn, idet hjemlen til fradraget kan diskuteres, da der ikke er tale om afholdte udgifter.

Vælges det derimod, at den skatteretlige kvalifikation skal være sammenfaldende med den civilretlige, må det antages, at hjemmelsproblematikken er løst, og der er ikke grundlag for at karakterisere hensættelserne som et stedbarn.

Worst-case scenario of the Kyoto Protocol – and a possible solution?

by

Flemming Larsen

Significance of the EU-ratification of the Kyoto Protocol

In general, the so-called Kyoto Protocol has been given more attention than international environmental agreements usually get. This is not least due to the fact that it is the agreement with the supposedly largest (economic) impact worldwide until now. In addition, it is one of the few areas where the EU and most other countries have chosen a direction different from that of the US.

In short, the Kyoto Protocol (1997) is the legal instrument planned to ensure the accomplishment of the intentions in the UN Climate Change Convention (1992). According to the Convention's article 2, the industrialised countries have committed themselves to stabilize the greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system. In the Protocol's article 3, this commitment has been specified into a demand, that the ratifying parties commit themselves to reduce their overall emissions of such gases by at least 5 % below 1990 levels in the commitment period 2008 to 2012.¹

On May 31, 2002 the EU ratified the Protocol. To most environmentalists this ratification was highly awaited and considered to be an important step for the global protection of the environment,² because of the political pressure the EU was now able to put on the remaining countries – most importantly on Russia – in order to force these countries to ratify as well.³ Obviously, there are good reasons to believe

¹ The 5 % reduction target is an average. The Parties have agreed to receive differentiated targets, based on a political compromise as well as on the emission levels in the reference year 1990. For an overview of the different national targets, see Annex B to the Protocol. The EU as a whole has been committed to an overall reduction of 8 %, but have internally decided a burden sharing agreement based on the exact emissions in 1990. Thus, the highest reduction targets have been imposed on Luxembourg (28 %), Denmark (21 %) and Germany (21 %), whereas for instance Sweden will be allowed to increase their emissions with 4 %.

² Among the parties satisfied with the EU ratification is the UN Secretary General. See: <http://unfccc.int/press/prel2002/sgprelken.pdf>

³ The specific importance of Russian ratification is due to the fact, that without Russian participation it is impossible to gather countries that accounted for at least 55 % of the total CO₂ emissions in 1990 (since the main emitter, the US, has withdrawn from the agreement). This criterion has to be met in order to make the Protocol enter into force – following a specific (fortsættes...)

that the ratification of the Protocol will lead to an improved protection against anthropogenic based climate change compared to the alternative of not having any international rules in this field. However, it is still far too early for the EU – or environmentalists – to celebrate a victory in the battle against climate change. From a legal point of view, the ratification is only the first small step. The major part of the work still remains to be done.

The aim of this paper is to focus on the possible shortcomings and loopholes of the Protocol – highlighting the areas that need extra attention – also from the EU. It must be emphasized that it is not the purpose of this paper to come up with an estimate as to whether anthropogenic emissions of greenhouse gases will result in a forthcoming climate change. Instead, the paper is based on the fact that international legislators have already decided to act upon the threat of climate change, and thus only these legal measures will be evaluated here.⁴

Loopholes related to compliance with the Protocol

Some consideration could be given to the fact, that the EU (as well as other countries like Japan, the Czech Republic, etc.) has now ratified a protocol, in which most rules have not yet been finally decided. This may not be the first time in history that international legislation has been ratified without full knowledge of the consequences, however, the Kyoto negotiations during the last 5 years have once again proved how instable and ever changing the political will is, concerning the support of a global climate change strategy.

The original intention of the Kyoto Protocol was, that the 5 % reduction target, laid down in article 3.1, should be reached through domestic actions such as energy saving measures and investments in cleaner technologies as for example Renewable Energy (RE). The importance of such domestic actions is still underlined in the Protocol's article 2. However, other possibilities of reaching the national reduction targets have been added, not least the possibility of using the flexible Kyoto mechanisms (Emission Trading (ET),⁵ Joint Implementation (JI) and the Clean

³ (...fortsat)
demand in the Protocol's article 25.1. At the World Summit in Johannesburg in August/-September 2002, President Putin promised to pass the question of Kyoto-ratification to the Duma (congress), noticing that the ratification was most likely. However, the Russian stand has changed frequently, most recently at the last Conference of the Parties to the Kyoto Protocol (COP7) in Marrakech, October-November 2001, so this matter is not finally determined.

⁴ The paper was finished October 15, 2002. Since the Kyoto-debate is ongoing, there may therefore have occurred changes in certain areas afterwards. For updates, see the UN climate homepage at: <http://unfccc.int/>

⁵ Emission Trading: A publicly imposed and controlled system, where all companies in certain sectors, e.g. energy production, receive a quota (the right to emit a certain amount of CO₂ or other greenhouse gases) usually based on either their former emission levels or a public auctioning system. If the production one year will lead to emissions exceeding the quota, the emitter will receive a penalty unless excess quota has been bought. One of the cornerstones in
(fortsættes...)

Development Mechanism (CDM))⁶ in order to receive credits for the investments in reductions in other countries. At the COP 6(2) session in Bonn July 2001, it was determined that the use of the mechanisms must be *supplemental* to the domestic action, and that domestic action must constitute a *significant* element of the effort made by each party.⁷ However, there is no limit as to what should be carried out domestically, and even though the facilitative branch of the UN compliance committee shall address questions of implementation with respect to this matter,⁸ it is still uncertain whether the domestic actions should count for e.g. 70, 50, 30 or 10 % of the reduction.

The main question is therefore, to what extent the Protocol in its present form will contribute to such promotion of domestic energy savings and investments in cleaner technology. The problem is that domestic measures at first sight seem less attractive than the use of the flexible mechanisms. In other words, it is likely that many countries will decide to invest as much as they are allowed to in the flexible mechanisms, leaving the important question: »what will be the result in case the market based mechanisms fail to provide for the expected emission reduction«?

To answer this question, the consequence of inconsistency with the market-based instruments must be examined. To satisfy the abovementioned intentions behind both the Convention and the Protocol, the ideal situation would be if any inconsistency resulted in a subsequent demand to invest in domestic emission reduction measures, including the aforementioned investments in energy savings and cleaner technology. Nevertheless, the parties to the Convention (and thereby the Protocol) will not be forced to take such immediate actions. If the UN enforcement branch finds that a party does not meet the demands of the Protocol, the consequence is instead that this party within three months must submit an action plan to the enforcement branch, demonstrating how it intends to comply with the Protocol in the future.⁹

⁵ (...fortsat)

such emission trading systems is to reduce the annual amount of quotas allocated by the authorities – in this way forcing the companies to either reduce production or invest in cleaner technology if they intend to produce at the same level as usual.

⁶ Joint Implementation and Clean Development Mechanism: Two systems made to ensure that the country which finance a reduction of greenhouse gases is credited – instead of crediting the country in which the reduction takes place. Such a measure could for instance be the installation of a renewable energy plant or energy saving measures. The credit will only count if it is granted by the appropriate UN authorities – after specific application. Regarding the JI projects, both parties must be developed countries – whereas CDM projects concerns a developed country's investment in a developing country. The main difference is that CDM projects are given certain advantages because of the high priority given to the aid of developing countries.

⁷ See: decision 5/CP.6 section VI paragraph 5.

⁸ See decision 5/CP.6 section VI paragraph 8.

⁹ See decision 24/CP.7 section XV paragraph 6.

However, even though this plan must contain information on actions to be implemented by the party in order to meet its reduction objective, the party is only obliged to plan such actions for the *subsequent* commitment period. If the party does not reach its objective during the first commitment period (2008-2012), the only consequence is, that it must cover its deficit plus 30 % in the next budget period.¹⁰ Noticing, that such a measure will be efficient to some extent because of its economic consequences, still this will not necessarily result in emission reductions in the first budget period. And given the fact, that the terms of the second budget period are still very unclear, some Parties may take the chance and choose not to worry about emission reductions in the first budget period, for the sole reason that the second budget period may be delayed or may never enter into force.

Such a scenario may to some extent be avoided by the fact, that each party shall have made demonstrable progress in fulfilling its commitments under the Protocol by 2005 according to the Protocol's article 3.2. However, this demand is not directly enforceable, and even in case a party will be met with non-negotiable demands, it still has the possibility to withdraw from the Protocol according to article 26 and thus avoid all its legal responsibilities. All official sources will most likely deny the probability of such withdrawals, however the special circumstances of the battle against climate change (e.g. the lack of scientific proof that the anthropogenic emissions are of specific importance) as well as the course of the Kyoto Protocol negotiations shows,¹¹ that anything is possible, when it comes to determining how far a country is willing to go in order to avoid commitment to CO₂-reductions.

The best example is the US withdrawal from the Kyoto Protocol commitments. Whereas there is no legitimacy problem related to a refusal to ratify a Protocol, there is still a certain political problem related to the withdrawal from a »legal text« the US has signed and whose intentions it has committed itself to. Even more remarkable is the fact that the US has ratified the Climate Change Convention in 1992 and has been legally committed – since the entry into force in 1994 – to respect the intentions and goals of the Convention – including the abovementioned objective in article 2 of stabilization of the greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system. Even though the Convention only contains »soft« declarations to be specified and clarified later in the Protocol, it is still worth noticing that the most recent US climate policy proposed by president Bush only focuses on slowing down the emission growth – instead of focussing on an actual reduction as would be the

¹⁰ See decision 5/CP.6 section VIII paragraph 2a at <http://unfccc.int/resource/docs/cop6secpart/05.pdf>, as well as decision 24/CP.7 section XV, paragraph 5a at <http://unfccc.int/resource/docs/cop7/13a03.pdf>

¹¹ See: Cicero Report 2001-05 by Asbjørn Torvanger, »An evaluation of business implications of the Kyoto Protocol« at <http://www.cicero.uio.no> in order to get an overview of the history of the Kyoto-negotiations.

consequence of a US commitment to the Kyoto Protocol, according to which they would be committed to a 6 % reduction.¹²

The reason why it is relevant to add these comments on the American situation is that the US withdrawal may not come alone. Whereas it takes a nation with extreme political power to be the first to withdraw from an international treaty with as much focus and pressure on it as in this case (not least from a united EU), it will not be as difficult for the next countries that want to follow the same path – particularly since the US will potentially back up other withdrawing Parties. Australia has frequently indicated that it might follow the path of the US,¹³ and even though the official Australian strategy has not yet been revealed, it becomes increasingly obvious, that the political disagreements – especially concerning the economic impact of the Protocol – will continue to pose a threat to the ratification procedure as well as to the later compliance and enforcement. When re-elected president, Silvio Berlusconi for one tried to release Italy from its obligations, however he was quickly forced to change his mind by the leaders of the other Member States in the EU.¹⁴ Canada is also considering a withdrawal because they want to know what they ratify – a stand that is caused by reluctance to sign a treaty whose full content and consequences are not yet known.¹⁵ A specific problem for Canada is the fact that the country exports large quantities of clean hydropower to the US but it will not receive any credit for this according to the present version of the Protocol.

Another important measure, intended to secure compliance with the Protocol, is the loss of the right to trade emissions in case a party does not comply with its Kyoto obligations.¹⁶ However, even though this party lose the right to sell quotas, it has a continued right to buy quotas through the flexible mechanisms until 100 days after the expert review procedure following the first Kyoto target period.¹⁷ For industrialised countries, the right to buy quotas is much more interesting than the right to sell, since the buying of foreign quotas is supposed to be a cheaper solution than investments in domestic reductions. Therefore neither this measure seems complete in order to secure compliance.

In general it seems a remarkable shortcoming in the present version of the Protocol, that the final decision as to which procedures and mechanisms will be used to address cases of non-compliance has been postponed to the first meeting of the

¹² See the energy plan proposal at:
<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/climatechange.html>

¹³ See Politiken (Danish newspaper) June 6, 2002, p. 8.

¹⁴ See Cicero press news June 5 and 6, 2001 at: <http://www.cicero.uio.no>

¹⁵ Planet Ark news May 16, 2002.

¹⁶ See decision 24/CP.7 section XV paragraph 5c.

¹⁷ See decision 24/CP.7 section XIII.

Parties (MOP1) after the entry into force of the Protocol, according to article 17. It is well known that the reason for this postponement was the necessary political compromise in Bonn 2001. However, the consequence is that this compromise may lead to the abovementioned compliance failures. On this background it may be questioned whether the EU ratification was sound policy, at least as long as it is not possible to foresee which Parties intend to actually comply with the obligations and which Parties intend to withdraw from the moment their target seems too difficult to reach. On the other hand it could be argued from an environmental point of view, that the EU ratification was essential in order to keep the climate regulation on the desired track, and that it was necessary in spite of all the mentioned insecurities. However, no matter how the EU ratification is perceived, the bottom line is that the ratification does not in itself guarantee that the EU will meet the reduction target to which it has now finally committed itself. Most of the work still lies ahead for the Union's regulators as well as the national regulators.

Thus, the worst-case scenario would be that politicians have spent years and efforts on a climate change policy that may lead to a possible final global ratification and entry into force of the Kyoto Protocol – just to realise that at the end of the first budget period in 2008-2012 a majority of the ratifying parties did not reach their reduction targets. The consequence will in this case be a significant shortcoming in meeting the demands in article 2 concerning the global promotion of energy saving measures and RE.

Loopholes related to the trade of »hot air«

Another severe remaining challenge is how to avoid the trade of »hot air«. In other words: how can regulators ensure, that emission trading will not result in the buying of quotas related to emissions that would never have been emitted if there was no quota? The question is particularly relevant in relation to Russia, since the breakdown of the former Soviet regime has resulted in a completely different energy supply structure. The most relevant fact in this respect is that the annual emissions of CO₂ will never again reach the 1990-level. It was part of the Soviet policy to deliver extremely cheap electricity and heating to all citizens. After the transition into market economy, such policy is no longer possible, and therefore the Russian Kyoto target will be met and even surpassed with a business-as-usual-scenario.

The main problem is that countries like e.g. Denmark consider buying quotas in Russia,¹⁸ without having an actual guarantee that such purchase will lead to any actual emission reduction. The problem would be solved if it was possible to estimate exactly how much CO₂ would be emitted with the use of business-as-usual-policies in Russia in 2001, 2002, 2003 etc. On the other hand Russia has a certain interest in keeping the 1990-level as its reference, since the Russians will then benefit from being able to sell quotas and still fulfill their Kyoto commitment.

Many politicians, lawyers, scientists etc. have commented on this problem, but apparently these warnings have not prevented the Danish government from planning

¹⁸ See Børsen (Danish newspaper) June 21, 2002 p. 14.

to base a large part of the national climate change policy on the buying of quotas from Russia. Such emission trading seems highly recommendable for both countries if only economic considerations are taken into account. But at the end of the first commitment period in 2008-2012 there is a certain risk that Denmark (and the rest of the countries obliged by the Kyoto Protocol) may discover that what they considered a cheap and efficient climate strategy instead has been a purchase of »hot air«. Or said in other words: if the emission trade with Russia – and other countries with similar conditions – does not result in actual reductions, then they receive money for nothing – money that could instead have been spent on long term investments in cleaner energy sources or other means of emission reduction.

Suggestion for an alternative to the Kyoto Protocol

Reasons for seeking alternatives to the present measures under the Protocol

In addition to the already mentioned problems related to the present version of the Kyoto Protocol, an even greater problem is caused by the US refusal to ratify the Protocol. Well aware that environmentalists as well as many politicians consider the US policy immoral or worse, there is still good reason to consider how to design an international climate strategy that can also be accepted by the US – for the sole reason that no global strategy will be adequate as long as the emitter of 36.1 % of the greenhouse gasses is not participating in the strategy.¹⁹

The following suggestion is to a large extent inspired by measures already taken or planned in both the EU and the US, although the combination of the measures may vary from former presented plans. The main idea is to combine the US desire to use market-based instruments with the EU desire to use relatively strict enforcement rules. The intention is to emphasize the fact that better results may be reached using other measures than those already included in the Protocol – not least by focussing on the benefits instead of the burdens of an international agreement. In other words: it will be more than difficult to reach the desired reductions, as long as the US and a number of other countries are refusing – or are reluctant – to participate in any international agreement that only includes economic burdens instead of economic incentives or benefits. An alternative could therefore be to base the climate change strategy on market based terms, where any country (and company) can see the benefit of complying with the objectives – for the main reason that it has an economic advantage.

The following strategy is not proposed as a replacement of the existing Kyoto Protocol measures. Instead the idea is to suggest an alternative, leaving the ratifying parties with the choice between two different commitment strategies on how to reduce their CO₂-emissions. In order to simplify the model, the following strategy will only focus on reductions of CO₂ -emissions in the electricity sector. However, if a strategy like the one proposed here is proven successful, similar actions could be taken to reduce emissions from industry and transport etc.

¹⁹ For an overview of the national shares in 1990, see:
<http://www.climnet.org/EUenergy/ratification/1990sharestable.htm>

Core elements in a possible alternative to the Kyoto Protocol

As mentioned above, market based mechanisms are already one of the core elements in the Kyoto Protocol, and apparently most Parties intend to employ these.²⁰ Therefore it could be relevant to base a future alternative on such mechanisms. However, instead of relating the mechanisms to the reduction of greenhouse gas emissions, the use of the mechanisms could be related to the promotion of »Sustainable Energy Sources« (SES = *emission and waste neutral energy sources* = renewables, fusion energy, stirling motors, possible emission-free fossil fuel based technologies etc.). On a long-term basis, the result would be the same as the present plans of linking the mechanisms to emission reductions from polluting energy producing facilities. But the idea behind a closer, direct link to the SES promotion is, that an increase in these technologies doubtlessly will be the most efficient way of lowering the production price – due to large scale production advantages as well as a faster development of technological improvements.

The benefit of such a strategy would be that SES most likely will reach an financially compatible level in a few years, and may even prove to be the most cost-effective technologies on a mid- or long-term basis.²¹ In addition, a significant promotion of the SES-industry would probably lead to the creation of a high number of jobs worldwide – as was the result in Denmark after the boom in the wind turbine industry during the 1990s.²² Such a strategy would not only satisfy the environmental demands, but lead to a sustainable energy production as a whole.

The strategy could be based on a combination of:

1. An annual target for the increase of the use of SES's and

²⁰ However, it must be mentioned that a number of countries still intend to meet a significant amount of the reductions domestically. See for example the election declaration from the (right wing) Norwegian government at: <http://www.hoyre.no/2001/program/regjering/index-Kapittel-4.html>

²¹ For positive reviews on the future development of wind energy see e.g. the annual world market updates from BTM consult at: <http://www.btm.dk> or updates on the development of the renewable energy technologies at: <http://www.risoe.dk>. In addition it must be noted, that nuclear and fossil fuel plants have always been subsidised, and thereby reached their present low production prices. Thus, there is reason to believe that a similar low production price will be reached by the SES-technologies – especially if the price of the fossil fuel-based damage on nature and health is included in the price. The present use of subsidies supporting the coal industry is calculated to be almost 2 eurocent pr. kWh = similar to the subsidies for some renewable energy technologies. See the joint comment by Organisationen for Vedvarende Energi, WWF-Danmark, Natur og Ungdom, Forum for Energi og Udvikling og Det Økologiske Råd, 8 October 2001 at: http://www.ecocouncil.dk/arkiv/2001/011008_kulstoette.html

²² To illustrate the expectations concerning the creation of jobs in the SES-sector, the proposed establishment of 20-60.000 MW windpower capacity in the German part of the North Sea is expected to result in approximately 26.000 new jobs during the establishment as well as 4000 permanent jobs afterwards, related to the maintenance when the turbines are in function. See *el & energi* (Danish magazine) volume 9, 2002.

2. A prohibition of the establishment of new power plants based on fossil fuels or nuclear power.

A core element in such a strategy must be to ensure the highest level of cost-efficiency of the investment spent on the already existing fossil fuel based plants or nuclear plants. Following the estimates by the German environmental ministry with regard to the country's nuclear phase out, the use of a nuclear power plant is normally estimated to approximately 30 years.²³ Hence, the objective must be that the use of SES has fully replaced the use of nuclear the same year as the last nuclear plant is closing down. The use of a conventional oil, coal or natural gas based power plant may be longer than 30 years, but since most of these plants can be transformed and adjusted to the use of biomass, it should neither be a problem to use a 30 year transition period for the use of conventional power plants – a development which has already begun on a smaller basis.

The objective of the strategy must then be that the energy production is based 100 % on SES 30 years after the entry into force of the system. To simplify the numbers, a 5-year political decision making procedure can be expected. If no new power plants have been authorised in this period, the strategy will be to promote an average SES increase of 4 % during the following 25 years. This 4 % target could be based on a reference year (the year the strategy comes into force) in the same way as the targets in the Kyoto Protocol, but seen in the light of the problems and discussions related to the use of such reference year. In the present version of the Kyoto Protocol it might not be the best solution. Instead, the target could be related directly to the size of the ever-changing national production capacity (in Mt). If the production capacity on a fossil fuel based plant is increased, the consequence will then be an increase in the target as well. If a conventional power plant or a nuclear plant is closed, the result will similarly be a decrease in the SES-target.

In order to avoid the same problems as the ones related to the Kyoto Protocol, a country should not feel politically forced to participate in the strategy. Instead the incentives should be so high, that in theory all countries would wish to participate (leaving out certain countries with large natural reserves of oil, coal or natural gas, which may have difficulties seeing the advantage in using other than their own products). It should therefore be considered whether the abovementioned advantages – low energy prices, environmental protection and creation of jobs – are sufficient motivation for a party to join the strategy, or whether additional benefits should be added.

For most of the industrialised countries it would be considered a benefit in itself, that the system will lead to a harmonisation of the different national energy regulations – since all previous attempts to do this have failed, in particular regarding the harmonisation of energy taxes.²⁴ Since such harmonisation will remove

²³ See: <http://www.bmu.de/english/fset800.php>

²⁴ Especially the UK and Spain has been reluctant to accept harmonised EU energy taxation, but (fortsættes...)

one of the biggest threats of trade distortion, the US and the other umbrella group countries (Japan, Canada and Australia) should welcome the strategy, especially if the developing countries sign up for the strategy as well (they are most likely to do so if the below mentioned measures are introduced). Another motivation could be the right to use mechanisms similar to the flexible Kyoto mechanisms (a possible new version of these is explained below) – a right that will only be obtained by parties who oblige themselves to reach the annual 4 % target, and only for as long as they actually reach it.

Market based and economic instruments supporting the new alternative

The promotion of SES could be based on the same or similar market based systems as those planned to promote renewable energy (of which the first has already entered a test phase).²⁵ These systems vary from country to country but the main concept is, the combination of the following criteria:

- A country appoints an annual level of the national energy consumption that has to be based on renewable energy
- All producers of renewable energy receive a tradable certificate for each unit of renewable energy they produce
- The only way the consumers can prove that they meet the annual level, is by buying a sufficient share of the renewable energy certificates. Even though a consumer in theory never will consume the exact same »green« electricity as he has paid for – the system will guarantee that the national RE-consumption equals the national level of RE-certificates.²⁶

If the SES system is furthermore based on the same trading principles as the Emission Trading concept in the Kyoto Protocol, the result would be a market based system, motivating investments in SES for sheer economic reasons. These incentives could for example be that a company's investment in SES (directly or through investments in SES certificates) is covered by a tax redemption equal to the size of the investment plus a bonus equalling a sufficient profit to make investments interesting for the investing company.²⁷ At first sight such a system may appear to be an expensive solution for the state (representing the remaining tax payers, who will then have to pay more), but after a closer examination this is not necessarily the

²⁴ (...fortsat)

also France has recently rejected a compromise proposal presented by the Spanish EU presidency. See Environmental News Daily 12 July 2002 at: <http://www.ends.co.uk>

²⁵ See: <http://www.recs.org>

²⁶ At least if there is no import or export of electricity. Otherwise calculations will make it possible to take the level of import/export into account.

²⁷ Equal measures have already been considered in for example the US. See: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/climatechange.html>

case. Traditionally, energy production has been a public service in most countries, and thus all expenses related to energy production have been financed through the tax income. In the US and the EU liberalised energy markets are replacing such public based energy production, but still these countries use large subsidies to finance RE as well as nuclear and conventional power plants. These subsidies are covered either directly by the tax income, or indirectly by increased energy bills, and thus the price of the present systems does not differ considerably from the alternative proposed in this paper. A certain amount of the possible difference between the final tax income in the present version of the Protocol and the tax income in this alternative proposal will be covered by the increased income tax revenue that will be the result of the jobs created in the SES-industry.

Also the Joint Implementation and Clean Development Mechanisms can be redesigned to fit into the new strategy. To avoid the same fungibility problems as those occurring in relation to the Kyoto Protocol,²⁸ these mechanisms should be based on exactly the same criteria as the tradable SES-certificates. Thus, also JI and CDM transactions should result in the issuing of a tradable certificate that can be used by the holder to receive tax redemption and a bonus for the amount assigned. In this way, there will be equal incentives for a company to either 1) start producing SES facilities on its own initiative 2) invest in national SES projects or 3) invest in foreign SES projects.

During the first years it could be expected that most investments would be carried out in the developing countries. Firstly, the governments in these countries will most likely be happy to welcome foreign investments in the expansion of their energy production facilities. Secondly, the governments in the industrialised countries are likely to prefer to give tax benefits to relatively small investments in e.g. second-hand wind turbines in a developing country, instead of giving tax benefits to investments in SES-technologies at a national level before these technologies are fully competitive. Such a use of second-hand wind turbines has already been part of the Danish foreign aid projects. A 20-year-old wind turbine will usually be replaced with a new and more efficient turbine in Denmark for economic reasons, whereas the turbine may still be operational for some years and thus be of value in a developing country since the alternative may be no electricity production facility at all. At a global level, the MW capacity based on SES-technologies will be equally useful whether new or old production facilities are installed (as long as the second-hand unit would otherwise be out of use, thus ensuring a net increase in the installed SES-facilities).

Even though the second hand units will have to be replaced frequently, they will still be financially attractive for some time to come. After some years with an annual increase of 4 %, the possibilities for cheap investments in developing countries will probably be reduced. However, at that time research in and technological improvements of new SES-technologies will most likely have resulted in their economic competitiveness (not least if the below mentioned incentives are taken into account).

²⁸ See: Cicero Report 2001-05 by Asbjørn Torvanger »An evaluation of business implications of the Kyoto Protocol« at <http://www.cicero.uio.no> for critical comments on the lack of full fungibility between the different flexible mechanisms.

Thus, it should be possible to motivate governments in the industrialised countries to stay obliged by the strategy for the reason that it contributes to a sustainable development without resulting in higher costs than a business-as-usual scenario.

The role of the developing countries

One of the main arguments for the US to withdraw from the Kyoto Protocol was that only industrialised countries were imposed the obligations, leaving the developing countries unregulated. Therefore, an alternative strategy should include certain obligations for developing countries, in order to make it desirable for all parties. As part of their Kyoto-obligations, the EU, Canada, Iceland, New Zealand, Norway and Switzerland have accepted to transfer 410 million USD annually to the developing countries from 2005. Supposedly, it might also be possible to get an acceptance from these countries to use part of the money for investment in accordance with the alternative strategy. If the access to this money is only granted to developing countries that commit themselves to the SES-strategy, the participation of a majority of the developing countries is very likely.

The criteria for the length of a funded period have to be discussed further, but the main objective must be that the country must be able to enter into the international market as soon as possible – under exactly the same conditions as all other countries. To ensure participation of the developing countries in the strategy after their funding expires, a clause could be added that in order to receive the funding, future establishment of fossil fuel or nuclear based power plants is prohibited. If the clause is sanctioned and the consequence of a breach is international trade embargos, very few enforcement problems should be expected.

Research in and development of new technologies

The success of the strategy depends on the capability to increase the economic competitiveness of the SES technologies. As mentioned above, many forecasts predict that such a development will be the most likely result of a possible future major scale use of e.g. wind turbines. In addition such development would be similar to the use of fossil fuels and nuclear power which was also considered too expensive in the first years. Finally, many RE-technologies are already competitive today, if the external damage on nature (including climate change) and public health is taken into account. An even more important fact is that the development of fuel cells or other technologies is expected to facilitate the storage of RE in 5-10 years. First of all, this is a fundamental necessity for a major scale use of RE, since it is the only way to secure the supply guarantee in an SES-based energy supply system. Secondly, the breakthrough of these technologies will without doubt lower the price on SES, thus providing another good reason to promote the research in such technologies.

Today, an intensive research in possible future energy technologies as well as improvement of the already existing technologies is being carried out.²⁹ Neverthe-

²⁹ As for the research in hydrogen technologies, the EU has recently increased the economic support considerably for such research, see: Environmental News Daily September 11, 2002.

less, this research may be improved with the proper use of instruments. A problem with the existing research is that a large part of it is carried out in private sponsored projects – the conclusions and results of these remains privately owned and are never shared with other researchers. In order to remove such obstacles to a broad research progress, a central research fund could be created. The purpose of this fund would be to coordinate the research in different SES-technologies (including fuel cells and other storage technologies) in a way that ensures that all results are made publicly available. If for example a researcher receives a 3-year funding, he is obliged to publish all his results during that period. Afterwards, the researcher will of course have the right to work for a private company, but at that time there will be a certain probability that his research level is so high that it will lead to direct results for this company – and thus indirectly for the SES-industry as a whole.

The economic foundation of such a fund could be found either through a common restructuring and cooperation of the already existing national funds of this type, or through for instance a 1 % levy on all transactions of the flexible mechanisms, in the same way as the planned 2 % levy on the CDM projects under the Kyoto Protocol. Another solution could be that a certain amount of the abovementioned funding, for the developing countries, is shared with the funding of the research fund. Such a solution may appear radical at first sight and should only be applied if it appears that less than the granted money is needed to promote the strategy in the developing countries. However, it is worth noticing that the US and a number of other industrialized countries are not yet participating in the promised funding, and therefore the amount may eventually increase with time.³⁰ The fund itself could be operated by very few top researchers, whose work will be to review the incoming research applications and coordinate the research. If this staff decides the criteria for each research project in advance, their job will basically only be to review, which of the applicants have the best opportunities for actually reaching the desired results.

Additional measures needed in order to complete the alternative strategy

Measures similar to the »banking« measures of the Kyoto Protocol should be included. Thus, any country exceeding its 4 % target one year will have the right to reduce its investments during a following year. In addition, all countries ought to consider the establishment of a national committee in charge of the coordination of SES-investments. The task of these committees would be to ensure that only the most financially sound projects will be carried out. In addition, the committee will be in charge of deciding when there should be a temporary stop for new state financed investments, in case the national target has already been met, and the authorities prefer to sustain new investments to the following year instead of using the banking possibility.

Any government must obtain the right to decide which SES-technologies they prefer and where these can be positioned. Such practice is of great importance, since

³⁰ See the latest American energy plan proposal at:
<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/climatechange.html> for an overview of the funding the US has already planned to contribute to developing countries.

the landscape and other conditions vary from country to country, and a sustainable development would be jeopardised in case e.g. a developing country would have the obligation to accept any kind of SES-project just because such a project follows the standard procedures in e.g. a Western European country.

Opposed to the already existing measures under the Kyoto Protocol, the alternative strategy does not need the facilitation of many new compliance and monitoring authorities – at least not if the investor is left with the burden of proof, not receiving his tax redemption before he proves that the project has actually been carried out. At first sight this indicates that the tax redemption should not be given before the invested project is fully operative, but other alternatives may be considered, for instance the use of some kind of guarantee certification.

As indicated earlier, this strategy will only stabilise the greenhouse gas emissions related to energy production, and strategies will have to be implemented with regard to the remaining greenhouse gas emissions. However, the strategy may provide the foundation of instruments that can also be used to reduce emissions from other sources than the energy sector. Instead of mechanisms financing SES, mechanisms financing cleaner technologies could be used in the industry. In the same manner the transport sector could be regulated with measures promoting cleaner engines (e.g. fuel cell engines). It may even be possible to coordinate the use of such instruments with the use of the SES-promoting mechanisms but this will not be evaluated further here.

The role of the oil and the nuclear industry

As it has appeared, the main scope of this alternative strategy is to provide a compromise that may be acceptable – and hopefully even desirable – for as many parties as possible, thus trying to build a bridge between the disagreeing parties following the Kyoto negotiations. All parties mentioned will receive economic benefits on either a short or long term basis, and should hopefully be able to see the benefits of the strategy. Nevertheless, the role of the oil and the nuclear industry needs a comment before the strategy can be claimed as a real alternative. Since the prohibition of future establishment of fossil fuel plants or nuclear power plants is one of the cornerstones in the strategy, it may seem difficult to convince the oil and nuclear lobbies of the value of the strategy.

However, these industries will most likely be met with increased restrictions due to environmental demands, no matter which strategy is chosen. At least this strategy leaves them with a 30-year transition period, of which the first years will not result in any direct or indirect restrictions for the plants in the already industrialised countries, since the SES-investments will not reach these countries the first years for the abovementioned reasons. Many of the leading oil companies have already invested considerable amounts of money in RE,³¹ and almost any oil company will be able to enter as a major investor in the SES-market from the moment they desire to do so. Thus, their interest should be taken more or less care of, given the relatively

³¹ See for instance: <http://www2.shell.com/home/Framework?siteId=rw-br>
or <http://www.bpenergy.com/products/green.html>

long transition period in the strategy. In addition, the fossil fuel industry will have a good chance of being at the forefront with the development of emission free use of fossil fuels, if possible. Furthermore, many studies predict that the fossil fuel reserves will run dry in most countries outside the Middle East during the next 10-50 years,³² indicating further reasons why it may be most profitable for many oil companies to change their business area anyway – with or without environmental restrictions as part of the incentive.

Concerning the nuclear industry, the proposed alternative does not go further than the original intentions with the Kyoto Protocol. It is true, though, that a new Finnish nuclear plant will be constructed under the present version of the Kyoto Protocol – a development that would not have been possible under the SES-strategy. Anyhow, this is a single exception to the fact that the nuclear technology cannot be considered as an acceptable technology for the authorities in the modern world before the waste can be handled in an environmentally sound manner – especially since alternatives have been developed that are both cleaner and more competitive in a financial perspective. Of course this is a political statement, but no matter how many attempts have been made to disguise the continued problems related to the use of nuclear power, high stacks of evidence continue to prove the still existing shortcomings in the treatment of nuclear waste.³³

As proved by the threatening bankruptcy of UK's biggest nuclear electricity generator, British Energy, not just environmental but also economic reasons indicate the risks of basing future energy strategies on nuclear power. Even those who are strongly in favour of nuclear power will find some difficulty in proving that there will not be fully compatible SES at the time a new nuclear power plant will start production – with the present development indicating the opposite.³⁴ Thus, with the exception of the Finnish case, the nuclear industry is basically left with only two choices – investments in alternative areas or investments in cleaner technologies, e.g. the use of the highly awaited fusion energy technology.

It must be noted that producers of the technology used in the fossil fuel or nuclear sectors will be met with stronger restrictions under the strategy presented in this paper than under the Kyoto Protocol. Since these companies represent a powerful lobby, their possible interests should be examined carefully. However, most of these companies are capital intensive and would also be able to transfer their production to e.g. production of SES plants. In Denmark, some of the wind turbine manufac-

³² The extinction time will depend on the consumption rate as well as the development of new drilling technologies.

³³ Tokyo Electric Power Co Inc. was falsifying official journals. BNFL was falsifying papers relating to shipment of nuclear waste from the Sellafield plant, England. Radioactive outlets from Sellafield were traced at the Norwegian coast – this is just a few of the new cases related to the nuclear waste industry. For other cases – see the nuclear archives at for example: <http://www.ends.co.uk> or: <http://www.planetark.org/dailynewshome.cfm>

³⁴ See footnote 21.

turing companies – formerly traditional blacksmiths – have had remarkable success with such a change.³⁵

In order to avoid a heavy lobbyism against an alternative strategy equal to the lobbyism against the present strategies following the Kyoto Protocol, it is important to negotiate with the abovementioned sectors. Such negotiations should not be accepted to lead to general obstructions, further delay or lack of efficiency and compliance of the strategy. Instead the focussing point should be what these industries might want in return from not obstructing the strategy. Of course, this is far more complicated in reality. However, the strategy is based on voluntary participation of parties facing political, social, environmental and even economic benefits in case they participate in the strategy. Thus, it seems important to use the voluntary participation as motivation for possibly reluctant parties as well. A first benefit could be that already planned constructions should be allowed to be carried out. In this way expensive solutions like the nuclear moratoriums of semi or fully operational plants in e.g. Spain and California could be avoided.

A second focus point could be the comparison with the industry's obligations under the Kyoto Protocol. If an industrial company faces less strict conditions (at least for a period of time) it might be easier to convince the company to join the strategy. Further aspects of these political issues will not be considered here.

³⁵ See: http://www.vestas.com/profil/historie/UK/1898_1969_UK.html

Privat kaution
– begreb, reguleringsmetode og anvendelsesområde i nordisk perspektiv
af

Nina Dietz Legind

1. Indledning

Bank- og sparekasselovens § 41 a regulerer i et vist omfang privat kaution for banklån.¹ Før ikrafttrædelsen af den ændringslov,² der medfører nævnte regulering i bank- og sparekasseloven, var der ikke i dansk kautionsret noget fast defineret begreb, der omfattede »den beskyttelsesværdige kautionist« og som kunne medføre en skærpet oplysningsforpligtelse for pengeinstituttet i forhold til kautionisten. Såvel problemstillingen med hensyn til den manglende lovregulering af kaution³ – specielt privat kaution – og begrebet privat kaution har i vidt omfang været behandlet i teorien.⁴

I nærværende artikel vil »kaution uden for erhvervsforhold«, jf. bank- og sparekasseloven § 41 a, stk. 1, blive behandlet med udgangspunkt i følgende temaer: definition af privat kaution, reglernes fravigelighed, anvendelsesområde i forhold til kreditor og anvendelsesområde i forhold til tredjemands pant. Det nordiske perspektiv vil fremkomme ved en behandling af relevant norsk og finsk lovgivning. Privat kaution er kun reguleret ved lov i begrænset omfang i Sverige, hvorfor svensk ret ikke vil blive behandlet i nærværende artikel.⁵

¹ Bank- og sparekasseloven § 41 a er behandlet af *Lennart Lyng Andersen og Nina Dietz Legind* i UfR 2002B.347. Se desuden *Michael Camphausen*, R&R nr. 10, 2002

² Lov nr. 428 af 06.06.2002.

³ For udførlig henvisning hertil se UfR 2002B.347, note 1.

⁴ Smh. eksempelvis *Nina Dietz Legind*, Privat kaution, 2002, s. 36 ff. med henvisning til *Peter Møgelvang-Hansen*, Privat kaution for banklån, 1995, s. 19 f., *Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff*, Kreditretten, 2000, s. 373 f. og *Bernhard Gomard*, Obligationsret, 4. del, 1994, s. 26 ff. Sidstnævnte anfører bl.a., at: »De hensyn, der har betydning for reglerne om kaution, er noget forskellige, eftersom kaution er givet som en vennetjeneste af en privatperson uden vederlag, eller kautionen gives i egen interesse, som hvor en hovedaktionær kautionerer for sit selskabs kassekredit, eller hvor f.eks. et pengeinstitut eller et forsikringsselskab stiller kaution eller garanti som sædvanligt led i sin (kautionistens) erhvervsvirksomhed.«

⁵ *Torbjörn Ingvarsson*, Något om konsumentskyddsaspekter på privatpersoners borgensåtaganden, Juridisk tidskrift, Stockholms Universitet, 2001-02, nr. 1, s. 34 ff. beskriver kort den svenske lovregulering.

Også Kommissionens direktivforslag af den 11. september 2002 til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om forbrugerkredit omtales kort. I sin nuværende form medfører forslaget en udvidelse af direktivets anvendelsesområde. Kautio, »dvs. enhver kautioist og dermed enhver forbruger, som stiller sikkerhed, det være sig personlig eller tinglig« vil, såfremt forslaget vedtages i sin nuværende form, herefter være omfattet af direktivet.⁶

2. Bank- og sparekasselovens definition af privat kautio

Kautio uden for erhvervsforhold reguleres i § 41 a, mens kautio i erhvervsforhold fortsat reguleres i § 41.⁷

§ 41 a stiller strengere krav til pengeinstituttet, end § 41 gør, jf. f.eks. § 41 a, stk. 1, af hvilket det følger, at underretningsfristen ved hovedforholdets misligholdelse er 3 måneder. Pengeinstituttets manglende efterlevelse af underretningspligten medfører ifølge stk. 2, at kautionens ansvar reduceres for terminer, der har været misligholdt i mere end 3 måneder på underretningstidspunktet. Ansvarstiden begrænses for privat kautio, jf. stk. 6, ifølge hvilket ansvarstiden er 10 år eller, hvis kautionen er stillet til sikkerhed for kredit med variabelt beløb eller lån uden fast forfaldstidspunkt, 5 år. Det følger desuden af stk. 7, at pengeinstituttet årligt skal meddele kautionisten skriftligt om størrelsen af den gældspost, som kautionen er stillet til sikkerhed for.

Privat kautio defineres bredt i § 41 a, stk. 1, 1. pkt. som kautio »uden for erhvervsforhold«. Af forarbejderne følger nærmere, at der herved »forstås kautio, der ikke indgår i en erhvervsmæssig relation mellem låntager og kautionist.« Ifølge forarbejderne er det således forholdet mellem hovedskyldner og kautionisten, der er afgørende for, om en kautionaftale er omfattet af reglerne i § 41 a.

Et eksempel på kautio, der ifølge forarbejderne som udgangspunkt falder uden for anvendelsesområdet af § 41 a, er »[...] kautio[en] [...] stillet for en virksomheds gæld af ejeren af virksomheden«. Formuleringen af eksemplet er ikke optimal. I en personligt drevet virksomhed hæfter ejeren som bekendt personligt. Som anført i UfR 2002B.347 ville hovedaktionærens eller hovedanpartshaverens kautio for selskabets lån have været et mere instruktivt eksempel. I forarbejderne præciseres det, at kautio stillet af virksomhedsejerens forældre som udgangspunkt vil være omfattet af bestemmelsen. En erhvervsdrivendes kautio for en handelspartners erhvervskreditter eller -lån vil derimod ikke være omfattet af begrebet privat kautio.

I forarbejderne er det alene forholdet mellem låntager og kautionisten, der nævnes som afgørende for, om der er tale om privat kautio. Kautionistens formål med at kautionere og hovedskyldners formål med at optage det kautionssikrede lån nævnes således ikke i forarbejderne.

⁶ Jf. kommentaren til direktivforslagets art. 3, side 10 i det materiale, der er sendt i høring. Direktivforslagets art. 3, stk. 1 lyder som følger: »Nærværende direktiv finder anvendelse på kreditaftaler og kautionsaftaler.«

⁷ I bank- og sparekasseloven § 41 a, stk. 1 og i forarbejderne til ændringsloven anvendes udtrykket »kaution uden for erhvervsforhold«. I nærværende artikel anvendes begrebet »privat kautio« synonymt, hvor dette vurderes hensigtsmæssigt.

Det følger af bestemmelsens ordlyd – og af formålet med en opdeling af en regulering af kaution i og uden for erhvervsforhold – at en kautionsaftale, som i UfR 1998.566 H, ikke vil være omfattet af anvendelsesområdet for § 41 a.

I UfR 1998.566 H finansierede det långivende pengeinstitut et risikobetonet projekt. Kautionisten, der på eget initiativ var fremskaffet af pengeinstituttet, kautionerede mod et vederlag i form af garantiprovision og en andel i nettoprovenuet fra projektet, samt modtagelse af et lån på favorable vilkår. Pengeinstituttet gjorde – efter at hovedskyldner var blevet erklæret konkurs – kautionsforpligtelsen gældende mod kautionisten, der derimod gjorde gældende, at pengeinstituttets sagsbehandling og hele engagementet havde været kritisabelt, samt at kautionen i øvrigt kunne tilsidesættes ud fra aftalelovens §§ 33 og 36, subsidiært ud fra forudsætningssynspunkter. Højesteret lagde vægt på, at kautionsaftalen var indgået i erhvervsforhold – kautionisten havde overtaget en del af pengeinstituttets risiko mod ovennævnte vederlag efter at have foretaget en skønsømmessig vurdering af chancen for gevinst. Højesteret fandt det ikke godtgjort, at pengeinstituttet havde været i besiddelse af andre oplysninger eller i øvrigt havde givet urigtige eller forholdt kautionisten oplysninger af betydning for kautionsforpligtelsen. Sagsbehandlingskvaliteten og forsvarligheden af pengeinstituttets engagement med låntager fandtes under disse omstændigheder ikke at være afgørende for bedømmelsen. Højesteret fandt, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte kautionsforpligtelsen som ugyldig efter aftalelovens §§ 33 og 36 eller efter forudsætningssynspunkter.⁸

En kautionsaftale som ovennævnte, hvor kautionisten mod vederlag har overtaget en del af pengeinstituttets risiko, vil ikke være omfattet af anvendelsesområdet for § 41 a, jf. formuleringen i § 41 a, stk. 1 »uden for erhvervsforhold«. Det vil således ikke, som forarbejderne ellers vil kunne give anledning til at formode, *alene* være forholdet mellem hovedskyldner og kautionist, der er afgørende for, om en kautionsaftale vil være omfattet af anvendelsesområdet for § 41 eller § 41 a. Ved afgørelsen af om en kautionsaftale er omfattet af anvendelsesområdet for § 41 eller § 41 a, vil forholdet mellem hovedskyldner og kautionist *eller* formålet med kautionsaftalens indgåelse således være afgørende. Det skal hertil anføres, at der ikke sjældent er sammenfald mellem tilfældene. Er der en erhvervsmæssig relation mellem hovedskyldner og kautionisten, vil formålet med at kautionere ikke sjældent være lig med kautionistens formål i den situation, hvor formålet er afgørende for, om en kautionsaftale er omfattet af anvendelsesområdet for § 41 a. Eksempelvis vil den erhvervsdrivendes formål med at kautionere for en handelspartners kreditter – den erhvervsmæssige relation mellem låntager og kautionist er her afgørende – ikke sjældent være lig med formålet med den kautionsaftale, der, *alene* begrundet i formålet med kautionen, er omfattet af anvendelsesområdet for § 41 a.

3. Tredjemands pant

Reglerne i bank- og sparekasselovens §§ 41 og 41 a angår ifølge ordlyden kun kaution. Det følger desuden af UfR 1986.702 Ø, at bestemmelsen i bank- og sparekasselovens § 41 ikke er anvendelig ved pant for tredjemands gæld. Se også sag 82/1992 fra Pengeinstitutankenævnet ifølge hvilken samme bestemmelse ikke

⁸ Dommen er bl.a. behandlet af *Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff*, Kreditretten, 2000, s. 373 og *Nina Dietz Legind*, Privat kaution, 2002, s. 111.

fundtes analogt anvendelig på pant stillet af tredjemand. Det må antages, at det samme gør sig gældende for § 41 a.⁹

4. Forbrugerrådet og Finansrådets fælles regler for privat kaution

Forbrugerrådet og Finansrådet indgik september 2001 en aftale, der indeholder parternes fælles regler for privat kaution for banklån. November s.å. fremsendte parterne med baggrund i aftalen en fælles indstilling til Økonomiministeriet indeholdende en anmodning om ændring af bank- og sparekasselovens § 41 samt en anbefaling om tilvejebringelse af et lovgrundlag for bestemt opregnede krav til indholdet af en kautionsaftale. Bank- og sparekasseloven § 41 a svarer i vidt omfang til det af parterne foreslåede.

Det følger af aftalen, at anvendelsesområdet for de fælles regler er »privat kaution«, hvormed menes tilfælde, hvor der ikke i erhvervsmæssig sammenhæng er et økonomisk fællesskab mellem kautionisten og låntager.«¹⁰ Som det fremgår af ovenstående, er ordlyden i relation til anvendelsesområde i bank- og sparekasseloven § 41 a ikke identisk med ordlyden i aftalen. Det må dog antages, at det har været hensigten, at anvendelsesområdet for aftalen og § 41 a skal være identisk, jf. også det forhold, at formuleringen af forarbejdernes kommentar herom stort set svarer til formuleringen i aftalen.

Aftalen mellem Forbrugerrådet og Finansrådet »regulerer« forholdet mellem det långivende pengeinstitut og den private kautionist i relation til visse spørgsmål, der ikke er omfattet af den regulering, der følger af bank- og sparekasseloven § 41 a. Det følger eksempelvis i relation til »Specifikke informationskrav ved afgivelse af kautionserklæring«, at det långivende pengeinstitut skal informere kautionisten om hovedskyldners øvrige kreditaftaler med pengeinstituttet med angivelse af aktuel gæld for lån og aktuel kreditramme og udnyttelse for kreditter. Pengeinstituttet skal desuden give kautionisten en kopi af hovedskyldners seneste årsopgørelse fra skattevæsenet samt seneste tre lønsedler. Er der tale om en virksomhed, skal seneste regnskab udleveres.

5. Det nordiske perspektiv

Ved behandling af relevant nordisk lovgivning i forhold til de ovenfor nævnte temaer: definition af privat kaution, fravigelighed samt anvendelsesområde i forhold til kreditor og tredjemandspant, aftegner der sig et ikke ensartet billede af, hvordan konkrete kautionsretlige problemstillinger løses i de nationale lovgivninger.¹¹ Det følger af nedenstående, at der forekommer endog ikke uvæsentlige forskelle.

⁹ Nævnte dom og sag fra Pengeinstitutankenævnet er afgjort med hjemmel i bank- og sparekasseloven § 41 før ændringslovens ikrafttræden.

¹⁰ Parterne anfører desuden i aftalen, at afgrænsningen »svarer til de private kautionsforhold, som kan behandles ved Pengeinstitutankenævnet.«

¹¹ Lovgivningsprocessen og forarbejderne til den finske og den norske lov præsenteres kort nedenfor i afsnit 6.1.

5.1 Definition af privat kaution

Som det fremgår af ovenstående, defineres privat kaution i § 41 a, stk. 1, 1. pkt. som kaution »uden for erhvervsforhold«, mens det følger af forarbejderne, at der herved »forstås kaution, der ikke indgår i en erhvervsmæssig relation mellem låntager og kautionist.« Det fastslås umiddelbart ovenfor, at forholdet mellem hovedskyldner og kautionist eller formålet med kautionsaftalens indgåelse er afgørende for, om en kautionsaftale er omfattet af reglerne i § 41 a.

I norsk ret defineres den beskyttelsesværdige kautionist i finansavtalelovens § 57, stk. 3, der fastlægger et særligt forbrugerbegreb i kautionsforhold.¹²

I kautionsforhold gælder der i forhold til det generelle forbrugerbegreb i finansavtaleloven i § 2, stk. 1, et sprogligt ikke enslydende forbrugerbegreb. Præciseringen i § 57, stk. 3 i forhold til § 2, stk. 1, var ikke strengt nødvendig, da den naturlige sproglige forståelse af det generelle begreb i § 2, stk. 1 ville give det samme resultat. Banklovkommissionen fandt det imidlertid nyttigt at slå fast, at kautionistens formål med kautionen er afgørende for, om kautionisten skal anses som værende forbruger, NOU 1994:19, s. 175. Departementet var enig i, at den generelle definition og anvendelsen heraf ville kunne rejse tvivl i forhold til det trepartsforhold, der foreligger ved kaution. Der fandtes derfor at være grund til at skabe klarhed herom med en særskilt forbrugerdefinition, Ot. prp. nr. 41, 1998-99, s. 66.

Det følger af finansavtalelovens § 57, stk. 3, litra a, at som forbruger regnes i finansavtalelovens kapitel 4 en fysisk person, der kautionerer for andres gæld:

»dersom kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet.«

Afgørende for, om en kautionist er omfattet af bestemmelsen, er, hvad kautionistens formål hovedsageligt har været med at stille kautionen. En fysisk person, der kautionerer for en andens gæld, hvor formålet med kautionen hovedsageligt ikke er knyttet til kautionistens erhvervsvirksomhed, regnes således i denne sammenhæng som forbruger. Kautionistens erhvervsvirksomhed omfatter i denne sammenhæng de tilfælde, hvor kautionen er stillet som led i den virksomhed, kautionisten udfører gennem enkeltmandsvirksomhed eller som deltager i et selskab med ikke-begrænset hæftelse. Hovedmandens formål med at optage det lån eller den kredit, der kautioneres for, har ikke betydning for, om en kautionsaftale skal anses for indgået med en forbruger.¹³

¹² Se hertil *Espen Bergh*, Lov og rett, 2000, s. 323, *Lennart Lynge Andersen*, UfR 2000B.215 og *Erik Werlauff*, Bank og kunde, 1997, s. 76 f. samt *Nina Dietz Legind*, Privat kaution, 2002, s. 37 ff.

¹³ Ot. prp. nr. 41, 1998-99, s. 66, hvor der samtidig henvises til § 57, stk. 4, i hvilken det præciseres, at virksomhed, som drives gennem et aktieselskab eller andet selskab med begrænset hæftelse, ikke i sig selv regnes som kautionistens erhvervsvirksomhed i denne sammenhæng. Bestemmelsen behandles nedenfor. Se mere udførligt om en virksomhedsejers kaution og spørgsmålet om dennes status som forbruger, *Nina Dietz Legind*, Privat kaution, 2002, s. 41 f.

Som forbruger regnes i finansavtalelovens kapitel 4 ligeledes en fysisk person, der kautionerer for andres gæld ved at stille pant i et aktiv, der hovedsageligt ikke er knyttet til kautionistens erhvervsvirksomhed. Dette følger af lovens § 57, stk. 3, litra b, der lyder:

»kausionen består i pant i formuesgode som ikke hovedsakelig er knyttet til kausionistens næringsvirksomhed.«

Banklovkommissionens flertal og departementet var enige om, at lovens regler generelt ikke burde gøres ufravigelige i forhold til mindre erhvervsdrivende. Finansavtaleloven indeholder dog en tilføjelse til Banklovkommissionens oprindelige lovforslag, da departementet på nogle punkter alligevel fandt anledning til at gøre visse regler ufravigelige i forhold til fysiske personer, uafhængig af om disse driver erhvervsvirksomhed.¹⁴ Den første regel følger af lovens § 2, stk. 2, 3. pkt., om kapitel 3's ufravigelighed¹⁵ uafhængig af formålet med lånet, i det tilfælde låntager og pantsætter er en og samme fysiske person, og lånet er sikret ved pant, der hovedsageligt ikke er knyttet til låntagers erhvervsvirksomhed. Den anden regel følger af den her nævnte § 57, stk. 3, litra b.

Selvom om formålet med at stille kaution er knyttet til kautionistens erhvervsvirksomhed, så er det af departementet vurderet, at der vil være et behov for et værn gennem ufravigelige regler, såfremt kautionisten er en fysisk person, og såfremt sikkerheden består i pant i kautionistens bolig eller andet formuesgode, som hovedsageligt ikke er knyttet til kautionistens erhvervsvirksomhed.¹⁶ Det følger således af § 57, stk. 3, litra b, at en tredjemandspantsætter regnes som forbruger, såfremt det stillede pant hovedsageligt ikke er knyttet til kautionistens erhvervsvirksomhed. Afgørende for, om entredjemandspantsætning er omfattet af de ufravigelige regler i kapitel 4, er således ikke formålet med pantsætningen. Afgørende er derimod, om det stillede pant hovedsageligt er knyttet til pantsætterens erhvervsvirksomhed – med andre ord det stillede pants beskaffenhed. For et aktiv, der hovedsageligt er knyttet til tredjemandspantsætters erhvervsvirksomhed, vil reglerne i kapitel 4 – med undtagelse af lovens § 61 – ikke gælde ufravigeligt. Reglerne i kapitel 4 vil derimod gælde ufravigeligt for forholdet i det tilfælde, pantsætter eksempelvis stiller sin og familiens bolig som pant for samme gæld.¹⁷

¹⁴ I forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om lovens ufravigelighed fremhævede departementet vanskeligheden ved at udforme en egnet afgrænsning mellem erhvervsdrivende, der i samme grad som forbrugere har et behov for et værn gennem ufravigelige regler, og erhvervsdrivende, som vil være bedre tjent med den fleksibilitet, som ligger i fravigelige regler, Ot. prp. nr. 41, 1998-99, s. 21.

¹⁵ Finansavtalelovens kapitel 3 regulerer »Låneavtaler m.v.«.

¹⁶ I det følgende benævnes kaution og kautionist i denne sammenhæng som henholdsvis tredjemandspant og tredjemandspantsætter.

¹⁷ Ot. prp. nr. 41, 1998-99, s. 66. Reglerne i § 57, stk. 3, litra a og litra b gælder, jf. § 57, stk. 2, kumulativt, jf. nærmere *Nina Dietz Legind*, Privat kaution, 2002, s. 43.

Beskyttelsesbehovet, der giver anledning til ufravigelige regler, vil i høj grad også være til stede i de tilfælde, hvor en fysisk person kautionerer for gæld optaget af et aktieselskab. På baggrund af dette er det af departementet præciseret i motiverne til § 57, stk. 4 – og også præciseret i lovens bestemmelse – at virksomhed, der drives gennem aktieselskab eller andet selskab med begrænset hæftelse, ikke i sig selv regnes som kautionistens erhvervsvirksomhed i denne sammenhæng.¹⁸ Uafhængig af, om kautionisten har nær tilknytning til aktieselskabet enten gennem ejerandele eller gennem ansættelse i selskabet, gælder dette. I det tilfælde en kautionist har en bestemmende indflydelse i det låntagende selskab, lægges det imidlertid til grund, at den aktuelle information vil være kendt for ham. På baggrund heraf er det vurderet, at der i nævnte tilfælde ikke er behov for at lade finansavtaleloven §§ 62, 63, 65, stk. 3, 67, stk. 2 og 3, 73 og 74 gælde ufravigeligt.¹⁹

I sag BKN 00052 fra det norske Bankklagenemnda henvises der i nævnets begrundelse til finansavtalelovens § 57, stk. 3 og 4. Loven var på tidspunktet for kautionsaftalens indgåelse ikke trådt i kraft. Klager havde kautioneret for et aktieselskab, mens hun var aktionær heri. Ifølge Bankklagenemndas udtalelse opfyldte klager kriterierne i finansavtaleloven, hvilket talte for, at sagen blev taget til behandling ifølge Hovedaftalen § 2-2, stk. 1.

Som i dansk og norsk ret defineres også i finsk ret den beskyttelsesværdige kautionist. Det følger således af lag om borgen och tredjemanspant § 2, at den beskyttelsesværdige kautionist og tredjemandspantsætter defineres som henholdsvis »privat« kautionist og pantsætter og ikke som »forbruger«.

Den private kautionist defineres i lag om borgen och tredjemanspant § 2, nr. 6 som følger:

»enskild borgensman en fysisk person som ställt borgen, dock inte den som när borgen ställdes var verkställande direktör, medlem i styrelsen, förvaltningsrådet eller något jämförbart organ eller ansvarig bolagsman i den sammanslutning eller stiftelse som är gäldenär eller i dess moderbolag eller stiftare i sammanslutningen, eller som direkt eller indirekt har minst en tredjedel av aktierna i ett aktiebolag eller av den rösträtt aktierna medför eller som har motsvarande ägarandel eller inflytande i någon annan sammanslutning.«

Begrebet privat pantsætter modsvarer begrebet privat kautionist. Begrebet defineres i lovens § 2, nr. 9, der lyder som følger:

»enskild pantsättere en fysisk person som har gett en tredjemansutfästelse, dock inte den som, på det sätt som nämns i punkt 6, vid tidpunkten för pantsättningen hör till ett organ i en sammanslutning eller stiftelse som är gäldenär eller som vid nämnda tidpunkt är dess ägare eller stiftare.«²⁰

¹⁸ Departementets forslag blev fremmet i uændret form af Justiskomiteen, Innst. O. nr. 84, s. 20, og også vedtaget i uændret form i Lagtinget.

¹⁹ Ot. prp. nr. 41, 1998-99, s. 66 f. § 57, stk. 4 lyder som følger: »Virksomhet som drives gjennom et aksjeselskap eller et annet selskap med begrenset ansvar, regnes ikke i seg selv som kausionistens næringsvirksomhet etter tredje ledd. Når låntakeren er et selskap der kausionisten har bestemmende innflytelse, kan likevel § 62, § 63, § 65 tredje ledd, § 67 annet og tredje ledd, § 73 og § 74 fravikes i kausionsavtalen.«

²⁰ I det følgende vil alene termen kaution blive anvendt. Termen anvendes uafhængigt af, om der i visse tilfælde også er tale om tredjemandspant.

Som udgangspunkt defineres en privat kautionist henholdsvis en privat tredjemandspantsætter i den finske lov som værende en fysisk person. Formålet med hovedforholdet er uden betydning i relation hertil. Det har i denne sammenhæng ingen betydning, om hovedforholdet er stiftet som forbrugslån eller -kredit, eller stiftet som erhvervslån eller -kredit.²¹

I de tilfælde, der er kautioneret for et aktieselskabs eller anden »sammanslutnings« gæld, anses visse fysiske personer undtagelsesvist ikke som værende omfattet af begrebet privat kaution. Uden for begrebet falder således kaution stillet af en kautionist, der hører til selskabets »nærmeste kreds«.²² Hvorvidt en kautionist er omfattet af begrebet, skal i hvert enkelt tilfælde vurderes separat ud fra hovedforpligtelsen. Samme person kan således være privat kautionist, når han kautionerer for en slægtningens erhvervskredit, mens dette ikke er tilfældet, såfremt der kautioneres for gæld i et selskab, hvor kautionisten tilhører selskabets »nærmeste kreds«.²³

Hvorvidt der er tale om privat kaution ved kaution stillet af en fysisk person, der er erhvervsdrivende, afhænger ikke af formålet med kautionsforpligtelsen. Det synes at kunne udledes af forarbejderne, at en kautionsforpligtelse, der er stillet af en fysisk person, der er erhvervsdrivende, og som er stillet som led i kautionistens erhvervsvirksomhed i forhold til selv en erhvervsdrivende hovedmand, er omfattet af begrebet »enskild borgensman«.²⁴

Det følger af kommentaren til *direktivforslagets* definition, at kautionsaftalen »kan vedrøre enhver kredittransaktion til et privat eller erhvervsmæssigt formål, forudsat at kautionisten ikke optræder i erhvervsøjemed.« Det følger samtidig af direktivforslaget, at definitionen af bl.a. »forbruger« er så godt som uændret i forhold til det oprindelige direktiv.²⁵

Direktivforslagets art. 2, litra e lyder som følger: »»kautionist«: den forbruger, der indgår en kautionsaftale«.

Det kan umiddelbart på grundlag heraf anføres, at det er sandsynligt, at definitionen i bank- og sparekasseloven § 41 a vil blive ændret i overensstemmelse med den endelige ordlyd i direktivet. Herved vil opnås et begreb, der svarer til det i øvrigt anvendte inden for civilretten.

Den danske afgrænsning »uden for erhvervsforhold« vil de facto ofte svare til – når der ses bort fra tredjemands pant – den norske »dersom kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet.« Den finske afgrænsning medfører derimod, at fysiske personer, uafhængigt af formålet med kautionsforpligtelsen, uden undtagelse vil være omfattet af begrebet »enskild

²¹ RP 189/1998, s. 31.

²² For udførligt om begrebet fysiske personer, der ikke er omfattet af begrebet i § 2, nr. 6, men som er omfattet af det låntagende selskabs »nærmeste kreds«, se punkt 3.3 i de almindelige motiver til loven og detailmotiverne til bestemmelsen i RP 189/1998, henholdsvis s. 18 og s. 31f.

²³ RP 189/1998, s. 32.

²⁴ Det fremgår af RP 189/1998, s. 18, at begrebet fysisk person omfatter »människor oberoende av om borgen har ställts som en del i ifrågavarande persons näringsverksamhet eller ej.«

²⁵ Direktivforslaget, s. 9.

borgensman«. Området for privat kaution er således mere bredt i finsk ret end i dansk og norsk ret.

Som det følger af ovenstående, er det norske forbrugerbegreb udvidet i forhold til en fysisk person, der stiller tredjemands pant. Da tredjemands pant ikke er omfattet af reglerne i bank- og sparekasseloven § 41 a, vil dette aspekt ikke blive kommenteret i nærværende artikel.

5.2 Fravigelighed

I forlængelse af ovennævnte afsnit er det relevant at behandle spørgsmålet om bestemmelseernes fravigelighed og præceptivitet, da dette har nær sammenhæng med det forhold, at der er sket en afgrænsning af privat kaution. Det kan da også anføres, at spørgsmålene bør behandles i det samme afsnit. Baggrunden for behandlingen i separate afsnit er imidlertid, at der i dansk, norsk og finsk ret er anvendt forskellige reguleringsmetoder, jf. nærmere nedenfor.

Som det allerede følger ovenfor, reguleres kaution uden for erhvervsforhold i bank- og sparekasseloven § 41 a, mens kaution i erhvervsforhold fortsat reguleres i § 41. Begge bestemmelser må antages at være præceptive.²⁶ Som anført i UfR 2002B.347 er spørgsmålet ikke omtalt i forarbejderne, ligesom reglerne ikke udtaler sig positivt om spørgsmålet. Faktorer som UfR 1930.764 Ø, placeringen i bank- og sparekasseloven, ordlyden, formålet med regelsættet og en opdeling i §§ 41 og 41 a taler imidlertid for, at dette er tilfældet.

Opdelingen i to bestemmelser, der regulerer henholdsvis kaution inden for og uden for erhvervsforhold, er selvsagt begrundet i, at der for de to kategorier af kaution gælder forskellige regler, og at det er fundet afgørende – såfremt det har været overvejet – at de præceptive »forbrugervenlige« regler i § 41 a ikke skal gælde deklaratorisk for kaution inden for erhvervsforhold.

Det følger af den norske finansavtalelov § 2, stk. 1, at reglerne i kapitel 4 om kaution ikke ved aftale kan fraviges til skade for en kautionist, der ifølge § 57, stk. 3 regnes som forbruger. Uden for forbrugerforhold vil reglerne gælde deklaratorisk, medmindre de i den konkrete lovtekst er afgrænset til kun at gælde i forbrugerforhold, jf. eksempelvis lovens § 59, der regulerer pengeinstituttets oplysningspligt i forhold til en kautionist, der er forbruger. Majoriteten af reglerne i kapitel 4 gælder således også i forhold til kautionister, der ikke er forbrugere, medmindre andet er aftalt, eller følger af etableret praksis mellem parterne eller anden sædvane, som anses for bindende mellem parterne, jf. lovens § 2, stk. 2, 1. pkt.²⁷ Reglerne i kapitel 4 kan med undtagelse af reglen i § 61, jf. § 2, stk. 2, 2. pkt., fraviges i disse forhold. Reglerne i finansavtalelovens kapitel 4 må således antages at få virkning på majoriteten af kautionsaftaler. Dette gælder selvsagt specielt for forhold, der ikke er omtalt i kautionsaftalen, forhold der ikke følger af etableret praksis mellem parterne eller af anden sædvane, som anses for bindende mellem parterne.

²⁶ Jf. nærmere Nina Dietz Legind, *Privat kaution*, 2002, s. 284 f.

²⁷ NOU 1994: 19, s. 174.

Af ordlyden i § 1, stk. 2 i den finske lag om borgen og tredjemanspant følger det, at lovens bestemmelser er deklaratoriske. Medmindre andet ikke følger af aftale, praksis eller »handelsbrug eller annan för parterna bindande sedvänja« finder lovens bestemmelser således anvendelse. Bestemmelsen lyder som følger:

Denne lag tillämpas till den del något annat inte följer av borgens- eller pantsättningsförbindelsen, av praxis som parterna har iakttagit eller av handelsbrug eller annan för parterna bindande sedvänja.”

De fleste bestemmelser i loven er dog præceptive i forhold til privat kaution stillet over for »kreditgivare«. En kautionsaftale indgået mellem en »enskild borgensman eller enskild pantsättare« og en »kreditgivare« kan ikke, medmindre andet fremgår af den enkelte bestemmelse i loven, fravige lovens bestemmelser til skade for kautionisten eller pantsætter. Dette følger af den finske lovs § 1, stk. 3,²⁸ der lyder som følger:

»Om inte något annat bestäms nedan, får avvikelser från lagens bestämmelser dock inte göras genom avtal till borgensmannens eller pantsättarens nackdel i de fall då en i denna lag avsedd enskild borgensman eller enskild pantsättare ger en utfästelse till en kreditgivare.«

Som anført skal kautionsforpligtelsen, for at være omfattet af bestemmelsen i § 1, stk. 3, være påtaget over for en »kreditgivare«. Selvom loven ikke alene regulerer kaution eller tredjemanspant stillet til sikkerhed for et lån ydet af et pengeinstitut, så afgrænses anvendelsesområdet for visse præceptive bestemmelser i loven således alligevel til kaution for banklån og -kreditter. »Kreditgivare« defineres i lag om borgen og tredjemanspant § 2, nr. 7, der lyder som følger:

»kreditgivare en näringsidkare som i sin näringsverksamhet beviljar kredit eller ställer säkerheter mot borgen eller någon annan säkerhet,«

»Kreditgivare« defineres som en erhvervsdrivende, der som led i en erhvervsvirksomhed bevilger kredit eller stiller sikkerhed mod kaution eller anden sikkerhed.²⁹ Lag om borgen og tredjemanspant indeholder som allerede nævnt ovenfor visse bestemmelser, der alene finder anvendelse på kaution – ofte kun privat kaution –

²⁸ Det anføres i detailmotiverne til lovens § 1, stk. 3, at en del af lovens bestemmelser regulerer alle kautionsaftaler uafhængigt af, hvilke parter der indgår disse, mens andre bestemmelser alene regulerer forholdet mellem en »enskild borgensman« og en »kreditgivare«. Forskellen i anvendelsesområde har ingen betydning for bestemmelsernes præceptivitet. Alle bestemmelser er således bindende til fordel for den private kautionist, medmindre det udtrykkeligt fremgår af den enkelte bestemmelse, at denne kan fraviges ved aftale, jf. RP 189/1998, s. 29. På dette punkt er der ikke overensstemmelse mellem loven og forarbejderne til § 1, stk. 3 og forarbejderne i øvrigt. Det følger således af lovens § 1, stk. 2 og af motiverne hertil, at loven generelt er fravigelig, mens reglerne om privat kaution for lån ydet af en »kreditgivare« er præceptive.

²⁹ Det præciseres i forarbejderne, at begrebet »kreditgivare« også omfatter erhvervsdrivende, der som led i deres erhvervsvirksomhed stiller sikkerhed mod, at der stilles sikkerhed herfor af kunden. Som eksempel herpå nævnes bankgarantier, jf. RP 189/1998, s. 33.

stillet over for en »kreditgivare«. Disse bestemmelser finder derimod ikke anvendelse på kaution stillet over for andre kreditorer.³⁰ Definitionen er således ikke uvæsentlig.

Begrundelsen for afgrænsningen er, at »En næringsidkare som upprepade (gentagne) gånger behandlar krediter och säkerheter kan förutsättas ha yrkesskicklighet (faglig dygtighed) bl.a. när det gäller att klarlägga gäldenärens (debitors) ekonomiska situation och att göra olika slags anmälningar.«³¹ Det er således forudsat, at »kreditgivare« lettere end andre kreditorer vil kunne opfylde de skærpede krav opstillet i loven.

Alle tre lande synes at anvende hver sin reguleringsmetode. I dansk ret anvendes en enkel metode, hvor reguleringen af henholdsvis kaution inden for og uden for erhvervsforhold er placeret i separate bestemmelser. »Forbrugerreglerne« gælder således ikke deklaratorisk inden for erhvervsforhold. I norsk ret er anvendt en metode, hvor lovens regler ikke kan fraviges til skade for den kautionist, der ifølge § 57, stk. 3 regnes som forbruger. Visse bestemmelser gælder desuden kun for privat kaution, jf. eks. lovens § 59. Når der bortses fra en enkelt bestemmelse, § 61, gælder reglerne i øvrigt deklaratorisk, og disse kan bl.a. fraviges ved aftale. I finsk ret gælder visse bestemmelser kun for privat kaution stillet over for »kreditgivare«. Nævnte bestemmelser kan ikke fraviges til skade for den private kautionist. Samtidig er lovens bestemmelser generelt deklaratoriske.

5.3 Anvendelsesområde i forhold til kreditor

Placeringen af de danske regler i bank- og sparekasseloven medfører, at alene kaution stillet over for pengeinstitutter er omfattet. Dette svarer i et vist omfang til de norske regler, der dog har et videre anvendelsesområde. Den norske finansavtalelov indeholder i kapitel 4 en relativt omfattende regulering af kaution stillet over for »en finansinstitusjon eller lignende institusjon«. I relation til anvendelsesområdet for finansavtalelovens kapitel 4 i forhold til kreditor fastlægges dette i § 57, stk. 1.

Ifølge forskrift 2000.02.11 nr. 0102 er anvendelsesområdet for finansavtaleloven udvidet ved, at visse opregnede bestemmelser også gælder for de i forskriften nævnte institutioner. Dette gælder eksempelvis for »Enhver annen ervervsmessig yter av lån til forbrukere«. Det udvidede anvendelsesområde gælder imidlertid ikke for finansavtalelovens bestemmelser om kaution.

Finansavtalelovens § 57, stk. 1 lyder som følger:

³⁰ Det følger eksempelvis af lag om borgen och tredjemanspant § 3, stk. 2, at: »En borgen som en enskild borgensman har ställt till en kreditgivare är fyllnadsborgen, om krediten har beviljats huvudsakligen för att förvärva eller reparera en bostad eller en fritidsbostad och egendomeni fråga utgör säkerhet för krediten.« Lag om borgen och tredjemanspantets bestämmelser om »fyllnadsborgen«, herunder § 3, stk. 2, er behandlet af *Nina Dietz Legind*, Privat kaution, 2002, kapitel 8.

³¹ RP 189/1998, s 33.

»Dette kapitlet gjelder når en finansinstitusjon eller en lignende institusjon som nevnt i § 1 annet ledd er kreditor etter kausjon stilt for lån eller annen kreditt. Kapitlet gjelder også når en forbruker stiller kausjon gjennom et meglerforetak, jf. § 75 tredje ledd annet punktum.«³²

Reglerne i kapitel 4 gjelder for kaution stillet over for »en finansinstitusjon eller en lignende institusjon« som nevnt i lovens § 1, stk. 2. Bankgarantier og lignende stillet af pengeinstitutter over for andre pengeinstitutter er ikke omfattet af reglerne i kapitel 4.³³

For så vidt angår de i stk. 1 nævnte »lån eller annen kreditt« omfatter disse kaution for lån og kreditter, der er omfattet af finansavtalelovens kapitel 3, samt kaution for aftaler om kreditkøb, leje og factoring, selvom sådanne aftaler falder uden for anvendelsesområdet af lovens kapitel 3.³⁴ Efterkautioner og kontragarantier mv. falder også inden for anvendelsesområdet af kapitel 4, jf. at »annen kreditt« også omfatter kautioner og garantier.³⁵

Ifølge § 57, stk. 1, 2. pkt., gælder reglerne i kapitel 4 tilsvarende, såfremt hovedforholdet er genstand for mægling, jf. finansavtaleloven § 75, stk. 3, 3. pkt., selvom kreditor ikke er en »finansinstitusjon eller en lignende institusjon«. 2. pkt. udvider således anvendelsesområdet for lovens kapitel 4 i forhold til det, der gælder ifølge § 57, stk. 1, 1. pkt.³⁶

Anvendelsesområdet for den finske lag om borgen och tredjemanspant er alment, jf. § 1, stk. 1 der lyder:

”Denne lag gäller borgen och pantsättning till säkerhet för andras skulder. Om det i någon annan lag finns bestämmelser som avviker från denna lag skall de tillämpas.”

Det vil sige, at loven generelt regulerer kaution, medmindre en speciallov regulerer den konkrete aftale. Lag om borgen och tredjemanspant regulerer således ikke blot kaution stillet for lån optaget i et pengeinstitut. Regulerer en speciallov et kautionsforhold, som eksempelvis lag om studiestöd (65/1994), da finder denne lov

³² Som »finansinstitusjon« regnes »spare- og forretningsbanker, selskap eller annen institusjon som omfattes av forsikringsvirksomhetsloven, finansieringsforetak og kredittinstitusjoner, herunder filial av slik institusjon, jf. finansinstitusjonsloven §§ 1-3 og 1-4«, NOU 1994: 19, s. 93 f. Hvad der nærmere menes med »lignende institution« er defineret i finansavtalelovens § 1, stk. 2, hvor eksempelvis »a) statsbank, b) finansmeglerforetak, samt c) finansagent eller rådgiver« er opregnet.

³³ Det følger af § 1, stk. 3, at loven ikke gælder for aftaler indgået mellem finansielle institutioner. Lovens §§ 48 og 52 gælder derimod, så langt de passer i forhold til garanti eller lignende stillet af pengeinstitutter for lån til forbrugere. Nævnte bestemmelser er placeret i lovens kapitel 3, der regulerer låneaftaler mv.

³⁴ Jf. finansavtaleloven § 44, stk. 2.

³⁵ NOU 1994: 19, s. 174.

³⁶ NOU 1994: 19, s. 175.

anvendelse, jf. § 1, stk. 1, 2. pkt., i lag om borgen och tredjemanspant. I det omfang specialloven ikke regulerer et bestemt spørgsmål mellem parterne, da finder lag om borgen och tredjemanspant relevante bestemmelser imidlertid anvendelse.³⁷

Det fremgår af direktivforslaget, at det er nødvendigt at fjerne de undtagelser, der følger af art. 2 i direktiv 87/102/EØF. Dette medfører, at eksempelvis leasing af varer eller tjenesteydelser med forkøbsret ikke længere vil være undtaget fra direktivets anvendelsesområde. Kautions herfor vil således være omfattet af direktivets anvendelsesområde.³⁸

Som det fremgår af ovenstående, er anvendelsesområdet i forhold til kreditor bredere i både norsk og finsk ret end i dansk ret. De to landes regulering er således ikke begrænset alene til lån eller kredit ydet af et pengeinstitut. Eksempelvis vil kaution for et kreditkøb være omfattet af de ovenfor nævnte regler i både Norge og Finland, mens dette ikke vil være tilfældet i Danmark.

5.4 Anvendelsesområde i forhold til tredjemanspant

Bestemmelserne i bank- og sparekasselovens §§ 41 og 41 a kan som allerede anført ikke anses for analogt anvendelige på pant stillet af tredjemand.

I norsk ret er tredjemanspant omfattet af kautionsreglerne i kapitel 4 i finansavtaleloven, jf. lovens § 57, stk. 2, der lyder:

»Som kausjon regnes i dette kapitlet også pant stilt av en tredjeperson (realkausjon).«³⁹

Som aftaletype ligger tredjemanspant i feltet mellem panteretten og kautionsretten. Før finansavtalelovens ikrafttræden anvendtes da også dels panterettens regler dels kautionsrettens regler på tredjemanspant. Den norske pantelovs almindelige regler gælder eksempelvis for denne type pant. Efter Banklovkommissionens »syn er det naturligt å gi realkausjonistene det samme vern som kausjonister som har personlig ansvar for en annens pengeforpligtelse.« Dette er baggrunden for, at tredjemanspant er omfattet af reglerne om kaution i finansavtalelovens kapitel 4. For tredjemanspant vil reglerne i panteloven og reglerne i finansavtaleloven kapitel 4 gælde kumulativt.⁴⁰

I relation til tredjemanspant defineres anvendelsesområdet for den finske lag om borgen och tredjemanspant i lovens § 1, stk 1, 1. pkt., der lyder som følger:

»Denne lag gäller borgen och pantsättning till säkerhet för andras skulder.

³⁷ RP 189/1998, s. 28.

³⁸ Direktivforslaget, s. 10.

³⁹ Det skal dog anføres, at finansavtaleloven § 67, stk. 4 om begrænsning af ansvarstiden ikke gælder for tredjemanspant.

⁴⁰ NOU 1994: 19, s. 175. Dette får betydning for, hvorvidt renter og omkostninger ved låntagers misligholdelse er omfattet af et stillet tredjemanspant, uanset om disse er vedtaget i kautionsaftalen, jf. panteloven § 1-5.

Som det ses, følger det af ordlyden, at loven regulerer aftaler om kaution og tredjemandspant. Lovens bestemmelser er formuleret, så de gælder kaution, men det følger af § 41 i loven, at en stor del af lovens bestemmelser også finder anvendelse på tredjemandspant.⁴¹

Tredjemandspant vil være reguleret i et fremtidigt kreditdirektiv, såfremt direktivforslaget vedtages i uændret form på dette punkt, jf. ovenfor afsnit 1.

I norsk ret og i et vist omfang for så vidt angår finsk ret er der positivt taget stilling til, at lovreguleringen også skal gælde for tredjemandspant. I dansk ret synes spørgsmålet ikke at være overvejet. Som det følger af afsnit 5.1, gælder der i norsk ret desuden et udvidet forbrugerbegreb for tredjemandspant.

6. Det EU-retlige aspekt generelt

I EF-domstolens sag C-208/98, behandles spørgsmålet om anvendelsesområdet for kreditdirektivet i relation til en kautionsaftale indgået af en fysisk person, der ikke handler under udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed. Domstolen udtaler præcist, at:

»Rådets direktiv 87/102/EØF af 22. december 1986 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om forbrugerkredit skal fortolkes således, at en kautionsaftale, som er indgået til sikring af tilbagebetaling af et lån, heller ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, når hverken kautionisten eller låntageren har handlet under udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed.«

Ifølge gældende ret er kautionsaftaler således ikke p.t. omfattet af anvendelsesområdet for kreditdirektivet.

Spørgsmålet, om en konkret kautionsaftale var omfattet af direktiv 85/577/EØF om aftaler indgået uden for fast forretningssted, har været behandlet ved EF-domstolen i sag C-45/96, hvor en tysk domstol anmodede EF-domstolen om en præjudiciel afgørelse. Edgar Dietzinger, sagsøgte, havde kautioneret for sine forældres forpligtelser over for en bank for et beløb på højest 100.000 DM. Sagsøgte havde drevet et byggefirma, og låneaftalen blev således indgået mellem to erhvervsdrivende. Kautionsaftalen blev indgået hos Edgar Dietzingers forældre, hvor en ansat fra banken afholdt et møde med forældrene efter telefonisk aftale med Edgar Dietzingers mor. Edgar Dietzinger blev ikke oplyst om sin ret til at opsiges kautionsaftalen. Efter ca. 8 måneder opsagde pengeinstituttet samtlige kreditter ydet Edgar Dietzingers forældre, og pengeinstituttet afkrævede endvidere Edgar Dietzinger delbetaling af et beløb på 50.000 DEM i henhold til kautionserklæringen. Edgar Dietzinger derimod trådte »tilbage fra sit løfte, idet han har gjort gældende, at han ikke var blevet oplyst om, at han havde ret til at opsiges aftalen, hvilket er en

⁴¹ Lag om borgen och tredjemanspant § 41 lyder som følger: »Vad som i 3 § 2 och 3 mom., 4–6 och 8–17 §, 18 § 2 och 3 mom., 19 § 2 mom., 24–30 och 32 §, 33 § 1 mom. och 34–39 § sägs om borgen gäller i tillämpliga delar tredjemanspant. Vad som i dessa lagrum sägs om enskilda borgensmän gäller också enskilda pantsättare.«

overtrædelse af reglerne i [...](den tyske dørsalgslov, BGB1. I, s. 122), som gennemfører direktiv 85/577 i tysk ret.«

Det følger af dommen, at det ikke kan udelukkes, at direktivet finder anvendelse på en kautionsaftale. Det anføres imidlertid, at »det [følger] af ordlyden af direktivets artikel 1 og af kautionens subsidiære karakter, at det alene er en kaution, der er subsidiær i forhold til en aftale, i henhold til hvilken en forbruger ved et dørsalg forpligter sig over for en erhvervsdrivende med henblik på fra ham at opnå varer eller tjenesteydelser, der kan være omfattet af direktivet.« Det følger i forlængelse heraf, at direktivet kun tilsigter at beskytte forbrugere, og at en kautionist kan være omfattet af direktivet, »hvis han i overensstemmelse med direktivets artikel 2, første led, forpligter sig til et formål, der må anses for at ligge uden for hans erhvervsmæssige virkefelt.«

Det følger således af Domstolens dom, at: »Artikel 2, første led, i direktiv 85/577 af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted skal fortolkes således, at en kautionsaftale, der er indgået af en fysisk person, der ikke handler under udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed, ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, såfremt aftalen garanterer tilbagebetalingen af en gæld, der er påtaget af en anden person, der for sit vedkommende handler under udøvelse af sin erhvervsmæssige virksomhed.« I den aktuelle sag var aftalen mellem det långivende pengeinstitut og Edgar Dietzinger således ikke omfattet af direktivets anvendelsesområde, da hovedforholdet ikke var omfattet.

Det synes på baggrund af dommen modsætningsvis at kunne antages, at i det tilfælde der kautioneres for et hovedforhold, der er omfattet af direktivet, så vil kautionsaftalen også være omfattet, såfremt kautionistens formål med at kautionere ligger uden for hans erhvervsmæssige virkefelt. Som anført af *Viggo Hagstrøm*⁴² må udtalelsen i konklusionen »karakteriseres som obiter dictum, og rækkevidden er usikker.« Samme sted anføres, at synspunktet harmonerer dårligt med den private kautionists beskyttelsesbehov. Dette må selvsagt antages at være uafhængigt af, om der kautioneres for et lån, der er omfattet af »dørsalgsdirektivet«, eller for et traditionelt banklån.

Betydningen af dommen må, jf. ovenstående, antages at være ikke ubetydelig, da kautionsaftaler indgået uden for pengeinstitutts faste forretningssted – for lån som er omfattet af direktivet – formentlig forekommer i et vist omfang. Det långivende pengeinstitut vil i sådanne tilfælde være forpligtet til i forhold til kautionisten at efterleve reglerne i forbrugeraftaleloven – herunder oplyse kautionisten om den fortrydelsesret, der følger af loven. Giver nævnte oplysning ikke, er aftalen ikke bindende for forbrugeren, jf. forbrugeraftaleloven § 7, stk. 1.

Det følger af direktivforslagets art. 5, at »Indgåelse af en kredit- eller kautionsaftale uden for fast forretningssted på de vilkår, der henvises til i artikel 1 i direktiv 85/577 EØF, er forbudt.« Kautionsaftaler som den i sag C-45/96 vil, såfremt direktivforslagets art. 5 vedtages i uændret form, hermed ikke længere gyldigt kunne indgås.

⁴² *Viggo Hagstrøm*, *Rettsteori og rettsliv*, Festskrift til Carsten Smith, 2002, s. 363 (376).

7. Sammenfatning

7.1 Generelt

Visse dele af kaution er nu generelt reguleret ved lov, men omfanget er ikke ens landene i mellem. I Danmark er lovreguleringen ikke så udførlig som i Norge og Finland, og den valgte reguleringsmetode er desuden forskellig. Førstnævnte synes umiddelbart at kunne henføres til det faktum, at lovgivningsprocessen har været forskellig. I Norge findes der et omfattende lovforarbejde.⁴³ Tilsvarende gør sig i et vist omfang gældende for den finske Lag om borgen och tredjemannspant.⁴⁴ I Danmark ligger den i afsnit 4 nævnte indstilling fra Forbrugerrådet og Finansrådet til grund for reglerne i bank- og sparekasseloven § 41 a. Bank- og sparekasseloven § 41 a svarer i al væsentlighed til det af parterne foreslåede, hvilket også forarbejderne i et vist omfang synes at bære præg af. Valget af reguleringsmetode kan skyldes omfanget af reguleringen.⁴⁵

I forlængelse heraf synes det relevant at nævne, at den danske »reguleringmodel« – hvor reglerne for kaution henholdsvis inden og uden for erhvervsforhold er forskellige, og hvor reglerne uden for erhvervsforhold ikke gælder deklaratorisk for kaution inden for erhvervsforhold – medfører, at det i højere grad er afgørende, om en kautionsaftale er indgået inden for eller uden for erhvervsforhold. Samtidig kan det anføres, at den finske model – ifølge hvilken en fysisk person uafhængig af formålet med kautionen altid er at regne som privat kautionist – medfører, at det vil være mere uproblematisk at rubricere kaution i finsk ret i forhold til i dansk ret.

7.2 Anvendelsesområde i forhold til kreditor

I forhold til, at det må antages, at majoriteten af private kautioner indgås med pengeinstitutter, kan anvendelsesområdet i bank- og sparekasseloven umiddelbart

⁴³ Lovens forarbejder er: NOU 1994: 19, Ot. prp. nr. 41, 1998-99 og Innst. O. Nr. 84, 1998-99 samt Besl. O. nr. 81. Derudover har *Carsten Smiths* to notater »Om tiden behov for kodifikasjon av bank- og kredittlovgivningen« og »Om behovet for en banklovkomisjon« fra 1988 og 1989 haft betydning for bl.a. Banklovkommissionens mandat. Banklovkommissionen, der blev nedsat i 1990, afgav i 1994 udredningen NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag, Delutredning nr. 1. Justis- og politidepartementet fremsatte i 1999 i Odelstingsproposisjon nr. 41, 1998-99 lovforslaget til Finansavtaleloven. I Innstilling nr. 84, 1998-99 indstillede Justiskomiteen lovforslaget til vedtagelse, og Odelstinget afgav Beslutning O. nr. 81, 1998-99 til Lagtinget. Loven trådte i kraft den 1. juli 2000, og har således været under vejs i ca. 12 år.

⁴⁴ Februar 1994 blev der nedsat en kommission, hvis kommissorium bl.a. var at iværksætte en undersøgelse af en totalreform af lovgivningen om kaution, jf. RP 189/1998, s. 27. Kommissionen anbefalede marts 1996 i en betænkning, at den forældede kautionslovgivning blev erstattet af en ny lov om kaution. Det finske justitsministerium nedsatte herefter en arbejdsgruppe, der fik i kommission at udarbejde et lovforslag herom. Propositionen RP 189/1998 bygger på denne arbejdsgruppes forslag.

⁴⁵ Intensiteten af den danske lovgivning fra 2002 kan skyldes Justitsministeriets syn på lovgivning på privatrechts område, smh. Mogens Koltvedgaard i UfR 2000B.1. Kautionsreglerne er placeret i bank- og sparekasseloven, hvor Økonomi- og Erhvervsministeriet er ressortministerium. Direktivforslaget kan medføre en yderligere regulering af kaution, antageligt placeret i kreditaftaleloven, der administreres af Justitsministeriet.

forekomme rimeligt. Det kan imidlertid anføres, at det kan forekomme mindre rimeligt, at eksempelvis kaution for realkreditlån – udbudt af en långiver, der ikke er omfattet af bank- og sparekasselovens regler – ikke vil være omfattet, ligesom kaution for eksempelvis kreditter ydet af finansieringsselskaber – der ikke er omfattet af bank- og sparekasselovens regler – heller ikke er omfattet af reglerne. Både i norsk og finsk ret er anvendelsesområdet i forhold til kreditor bredere. Den finske lov har et væsentligt bredere anvendelsesområde, idet den omfatter al kaution, mens den norske har et anvendelsesområde, der retter sig mod kreditydelser, der ligger inden for det »typiske forbrugerkreditområde«.

Som allerede anført i UFR 2002B.347 kan det med rette anføres, at en regulering af privat kaution snarere hører hjemme i en speciallov herom eller i et separat kapitel i kreditaftaleloven. En sådan speciallov eller et sådan kapitel bør – som kreditaftaleloven – hovedsageligt indeholde regulering af civilretlig karakter, og ifølge nævnte regler bør privat kaution for finansiering opnået ved eksempelvis et finansieringsselskab eller ved et realkreditlån uden undtagelse være omfattet af reglerne.

Vedtages direktivforslaget i forholdsvis uændret form, synes problemet løst i forhold til kreditter ydet af finansieringsselskaber. Kaution for realkreditlån, ydet af en långiver, der ikke er omfattet af bank- og sparekasseloven, vil derimod fortsat ikke være lovreguleret, jf. at det følger af direktivforslagets art. 2, stk. 2, litra a, at direktivet ikke finder anvendelse på:

»kreditaftaler, der har til formål at yde kredit til køb eller ombygning af fast ejendom, som forbrugeren ejer, eller som denne ønsker at erhverve, og som er sikret enten ved pant i fast ejendom eller en sikkerhedsstillelse, der almindeligvis anvendes til det formål i en medlemsstat.«

7.3 Anvendelsesområde i forhold til tredjemands pant

Det forhold, at tredjemand er i besiddelse af værdifaste og let realiserbare aktiver, kan være afgørende for valg af sikkerhedsform – om sikkerhed skal stilles i form af kaution eller tredjemands pant. Som anført i UFR 2002B.347 forekommer det ejendommeligt – når et væsentlig budskab i § 41 a er, at der skal ske bedre orientering og hurtigere underretning – at det end ikke synes overvejet, om tredjemands pant bør være omfattet af reglerne i bank- og sparekasseloven. Det behov, den private tredjemands pantsætter normalt har for et værn gennem ufravigelige regler, vil normalt være sammenfaldende med den private kautionists behov herfor. Eksempelvis vil behovet for oplysning ved hovedforholdets misligholdelse og behovet for den årlige oplysning om størrelsen af den gældspost, der er stillet sikkerhed for, normalt være sammenfaldende.

Det kan i øvrigt anføres, at før § 41 a's ikrafttræden gjorde samme hensyn sig gældende for kautionisten som for tredjemands pantsætter i forhold til eksempelvis alskyldserklæringer.⁴⁶ Ifølge praksis fra Pengeinstitutankenævnet syntes tredjemands pantsætter som udgangspunkt at have været ligestillet i relation til alskyldserklæringer, jf. eksempelvis sag 539/1993. Dette vil ikke længere være tilfældet efter ikrafttrædelsen af § 41 a.

⁴⁶ Bank- og sparekasseloven § 41 a, stk. 4 regulerer i et vist omfang spørgsmålet om alskyld.

Ydelsestiden ifølge en aftale om kaution eller tredjemands pant er ikke reguleret i bank- og sparekasseloven §§ 41 eller 41 a. Det skal her blot anføres, at det i dele af teorien er antaget, at der ikke gælder samme deklaratoriske udgangspunkt for henholdsvis kaution og tredjemands pant – dette på trods af at det som anført kan bero på tilfældigheder, hvilken sikringsform der anvendes. Det følger således heraf, at det for tredjemands pant antages, at ydelsestiden indtræder ved hovedmandens misligholdelse. Det deklaratoriske udgangspunkt er således ifølge dele af teorien, at ydelsestiden er lig den, der gælder ved selvskyldnerkaution.⁴⁷ Det kan således antages, at der ikke her gælder ensartede regler for henholdsvis kaution og tredjemands pant.

Som det følger af ovenstående, er tredjemands pant omfattet af reglerne i både den norske finansavtalelov og den finske lag om borgen och tredjemans pant. I norsk ret anvendes desuden et udvidet forbrugerbegreb i forhold til en fysisk person, der stiller tredjemands pant. Det kan umiddelbart her blot anføres, at det alt taget i betragtning forekommer påfaldende og mindre rimeligt, at tredjemands pant ikke er reguleret i de danske regler i bank- og sparekasseloven § 41 a. Vedtages direktivforslaget i forholdsvis uændret form, medfører det en vis regulering af tredjemands pant, jf. ovenstående.

⁴⁷ *Hans Viggo Godsk Pedersen*, *Kaution*, 2002, s. 28 f. med henvisning til bl.a. divergerende opfattelser.

Investeringsbankers corporate finance- og analyseaktiviteter – om Chinese Walls og Wall Crossing

af

Dan Moalem

1. Indledende bemærkninger

I det sidste år har såvel nationale som internationale medier været præget af en betydelig debat om investeringsbankers »dobbeltrøller«, særligt på det amerikanske marked.¹ Fokus i debatten har kredset om de potentielle interessekonflikter, som investeringsbankerne oplever i forbindelse med deres opdrag som både corporate finance-institut og analyseudarbejder. Investeringsbankerne har været beskyldt for upassende sammenblanding af analyse og corporate finance-afdelinger samt et upassende forhold til de udstedere, som analytikerne dækker i deres analyser. Også på fællesskabsplan har problematikken været genstand for drøftelse, jf. senest Notat til det uformelle Økofin-råd, Oviedo 12. og 13. april 2002, s. 7² og forslaget til direktiv om Markedsmisbrug (KOM (2001) 281 af 30. maj 2001) art. 6(4)³. Det skal understreges, at ovennævnte forhold p.t. forekommer at have et større omfang i New York end eksempelvis London og København.⁴ Der ses ikke på nuværende tidspunkt at være sager, hvor investorer har henvendt sig til de danske kompetente myndigheder med påstand om sådan sammenblanding af interesser. Det er imidlertid ikke

¹ Forholdene er, som de er dukket op, blevet forsøgt reguleret af de respektive markedspladser, ligesom også den amerikanske tilsynsmyndighed – Securities and Exchange Commission (herefter benævnt »SEC«) – har forholdt sig til problematikken. Se herfor, NASD Rule 2711, NYSE Rule 472 (as amended) og forslag fra SEC dateret 2. august 2002, Release no. 33-8119, Regulation AC (Analyst Certification), tilgængelig på www.sec.gov/rules/proposed/33-8119.htm.

² Notatet er tilgængeligt på Kommissionens hjemmeside, www.europa.eu.int/comm/internal_market.

³ Se for en gennemgang af direktivforslaget, *Jesper Lau Hansen*, Forslaget til et EU-direktiv om markedsmisbrug, NTS, 2001, nr. 3, s. 361 ff. Se også, CESR's Advise on possible Level 2 Implementing Measures for the proposed Market Abuse Directive (Ref. CESR 02/089b) – 5 July 2002, s. 32 ff. (tilgængeligt på www.europefesco.org). Af direktivforslaget fremgår, at bl.a. investeringsbanker skal udvise den fornødne omhu for at sikre, at oplysninger fremsættes korrekt. Endvidere skal investeringsbanker afsløre deres interesser og interessekonflikter i forbindelse med konkrete transaktioner. EU tilkendegiver hermed, at potentielle interessekonflikter er af så alvorlig karakter, at området har brug for regulering også på fællesskabsniveau.

⁴ Se for en redegørelse af forholdene på værdipapirmarkedet i London, Financial Services Authority, Investment research: Conflict & other issues, July 2002.

utænkeligt, at analytikere indgår i en dialog med corporate finance-afdelinger (underlagt dansk jurisdiktion) om konkrete opdrag i investeringsbanken. Til trods for, at sådanne situationer måske ikke har epidemisk karakter i Danmark, giver kontakten mellem de to afdelinger anledning til en række værdipapirhandelsretlige overvejelser.

2. Præsentation af emnet

Denne artikel vil redegøre for udvalgte juridiske aspekter i tilknytning til bestemte interessekonflikter forbundet med investeringsbankvirksomhed, der i denne sammenhæng inddeles i tre kategorier:

- *Corporate finance-aktiviteter, herunder finansiel rådgivning.*
- *Analyseaktiviteter.*
- *Handelsaktiviteter.*

Kunderne er ofte såvel kvalificerede investorer som private investorer. Interessekonflikter kan opstå mellem investeringsbanken og dens kunder, men også mellem investeringsbankens forskellige kunder – eksempelvis investorer og udstedere. Et eksempel på sidstnævnte situationer er tilfælde, hvor investeringsbankens corporate finance-afdeling arbejder på at børsnotere en udsteders aktier, og analyseafdelingen samtidig udarbejder analyser, der tjener som beslutningsgrund for investorer, der er kunder i investeringsbanken.⁵ I disse situationer er det af essentiel betydning, at analytikerens integritet og upartiskhed fremstår uantastet. I modsat fald vil både kundernes interesser og markedstilliden blive sat under pres.⁶

Investeringsbankers analyseaktiviteter kan opdeles i to funktioner⁷:

- *Primære funktion* – udarbejdelse af analyser til brug for investeringsbankens investerende kunder.

⁵ Sådanne konflikter skal respektere Københavns Fondsbørs Børsetiske Regler (senest ændret d. 27. september 2002) udstedt med hjemmel i VHL § 19, stk. 1, nr. 3, se for en uddybning nedenfor.

⁶ Blandt andet derfor er investeringsbanker forpligtet til at udarbejde interne regler, der sikrer, at intern viden som defineret i VHL § 34, stk. 2, 1. pkt. behandles fortroligt, herunder ikke cirkulerer unødigt mellem investeringsbankens forskellige afdelinger, jf. værdipapirhandelsloven §§ 36, stk. 2 og 37 a og generalklausulen god værdipapirhandlerskik, jf. lov om finansielle virksomhed §§ 3 a og 3 b (samt de Børsetiske Reglers § 2). I investeringsbanker bliver dele af disse interne regler ofte benævnt Chinese Walls, jf. tillige Børsmæglerforeningens krav om sådanne for sine medlemmer, der trådte i kraft d. 1. juli 2002.

⁷ Se for en beskrivelse af analytikerens funktioner i et engelsk perspektiv, Financial Services Authority, Investment research: Conflict & other issues, July 2002, s. 13 ff. Det synes forsvarligt at antage, at der ikke er den store forskel mellem danske og engelske analytikerfunktioner.

- *Sekundære funktion* – udarbejdelse af analyser til brug for corporate finance-afdelingens markedsføring og salg af en udsteders aktier via værdipapirmarkedet (eksempelvis en børsnotering).

Denne sondring mellem primære og sekundære funktioner får betydning, idet der gør sig forskellige hensyn gældende i tilknytning til de to funktioner. Den primære funktion involverer ikke i typesituationen corporate finance-afdelingen. Der er typisk tale om et forhold mellem den investerende kunde og analytikeren (investeringsbanken), hvorfor der ikke som udgangspunkt er nogen interessekonflikt. Den sekundære funktion involverer imidlertid flere interesser, idet der på hver side af investeringsbanken er placeret kunder, hvis interesser ikke nødvendigvis er samstemmende. Investeringsbankens interesser er ej heller per definition identiske med begge kundetyper, eftersom investeringsbanken som eksempelvis emissionsgarant kan have en selvstændig interesse i, at de udbudte værdipapirer aftages i markedet.

Med afsæt i ovenstående vil der i det følgende blive foretaget en analyse af den retlige regulering af relationerne mellem investeringsbankens corporate finance- og analyseafdelinger.⁸ De centrale elementer i artiklen vil relatere sig til analytikeres sekundære funktion.

De overordnede spørgsmål, der i denne sammenhæng søges besvaret, er således:

- *Kan en analytiker modtage informationer om udstedere fra corporate finance-afdelingen?*
- *I hvilke situationer kan en analytiker bistå corporate finance-afdelingen?*
- *Hvilke tiltag bør investeringsbanken tage, når en analytiker bistår corporate finance-afdelingen?*
- *Hvornår kan en analytiker udarbejde analyser om udstedere, som denne har bistået i forbindelse med arbejdet for corporate finance-afdelingen?*

Relationen mellem analytikeren og udstederen vil ikke i denne sammenhæng blive analyseret. Dette skyldes ikke, at forholdet er juridisk uinteressant, men rammerne for denne fremstilling tillader ikke en sådan behandling.⁹

Forinden ovenstående søges besvaret, vil der først blive foretaget en kort gennemgang af udvalgte eksempler på interessekonflikter, herunder argumenter imod, at interessekonflikter kan opstå. Dernæst redegøres kort for den regulative ramme. Primært er der tale om en gennemgang af Værdipapirhandelsloven, lov om finansiel

⁸ Se for en økonomisk behandling af interessekonflikter mellem corporate finance- og analyseafdelinger, *Roni Michaely og Kent Womack*, Conflict of Interest and the Credibility of Underwriter Analyst Recommendations, *The Review of Financial Studies*, Special 1999, vol. 12, no. 4, s. 653 ff. Se også *Leslie Bonie, Luis Alberto Giorgio og Pietro Masci*, Conflicts of Interest Facing Securities Research Analysts: Implications for Capital Markets, *Infrastructure and Financial Markets Review*, March 2002, vol. 8, no. 1, s. 1 ff.

⁹ Se for en behandling af forholdet mellem udstederen og analytikere og de interessekonflikter, som et sådant samspil giver anledning til, *Steven Bochner*, The Newly Public Company and the Financial Analysts, *The Venture Capital Review*, Fall 1999, s. 55 ff.

virksomhed, de deraf afledte bekendtgørelser, Københavns Fondsbørs Noteringsforpligtelser, Børsmæglerforeningens anbefalinger, samt i beskedent omfang praksis fra Københavns Fondsbørs. Herefter foretages en analyse af de fire forhold præsenteret ovenfor, hvorefter der afslutningsvist konkluderes.

3. Interessekonflikter

Den primære årsag til interessekonflikter knytter sig til aflønningsstrukturen i investeringsbanker, herunder de bonusser, som udgør en betragtelig del af lønnen – særligt under højkonjunkturer (også kaldet »*Bull Markets*«). Analytikernes aflønning afhænger bl.a. af udviklingen i corporate finance-afdelingen. Denne afdeling kan i et Bull Market indtjene svimlende summer til investeringsbanken.¹⁰ Analytikerne har således selvstændig (og personlig) interesse i, at corporate finance-afdelingens overskud maksimeres.

Udover en direkte økonomisk interesse kan analytikere også have mere prestigemotiverede interesser at varetage. Anbefalinger fra respekterede analytikere kan medføre mærkbare kursudsving.¹¹ Stemmer analytikernes anbefalinger ikke med den faktiske udvikling i en given aktie, svækkes tiltroen alt andet lige til den pågældende analytiker. Analytikeren har således et betydeligt incitament til at indsamle og bearbejde potentiel kurssensitiv information. Det synes derfor rimeligt at forudsætte, at information – gerne på eksklusiv basis¹² – om en udsteders værdipapirer bliver et eftertragtet gode for analytikere, der bl.a. kan tilvejebringes via kontakter til corporate finance-afdelingen.

Derudover er et væsentligt parameter, i forbindelse med udstederes valg af investeringsbanker ved eksempelvis en børsnotering, investeringsbankens »*placing power*«¹³ og ikke mindst investeringsbankens analytikere i udstederens erhvervssegment. Analytikerens anseelse blandt særligt institutionelle investorer kan have en ikke ubetydelig indflydelse på succesen af eksempelvis en børsintroduktion, idet institutionelle investorer typisk ikke kender udstederen, før dennes værdipapirer

¹⁰ Jf. Financial Services Authority, Investment research: Conflict & other issues, July 2002, s. 13. I rapporten anføres, at analytikere kompenseres efter en række faktorer, herunder evnen til at fastholde investeringsbankens klienter. Se også James D. Cox, Robert W. Hillman og Donald C. Langevoort, Securities Regulation (2001), s. 214 ff. for en gennemgang af investeringsbankers kompensation i forbindelse med børsnoteringer og børsmissioner.

¹¹ Jesper Lau Hansen, Informationsmisbrug (2001), s. 480.

¹² For en beskrivelse af information som eksklusivt gode se, Jesper Lau Hansen, Informationsmisbrug, s. 9 ff.

¹³ Ved »*placing power*« skal forstås investeringsbankens evne til at få afsat de udbudte aktier til såvel institutionelle investorer som i visse situationer til private investorer, således at udstederen konkret har den rette aktionærsammensætning, herunder så spredningskrav mv. kan honoreres, jf. Betingelsesbekendtgørelsens § 4 og Noteringsforpligtelses Del II, afsnit 1, § 2.

optages til omsætning på det relevante marked.¹⁴ Indgående analyser udarbejdet af investeringsbankens ledende analytiker på området anses derfor som et egentligt salgsparemet over for købestærke institutionelle investorer. Herved får corporate finance-afdelingen incitament til at inddrage analytikere i deres rådgivning af kunderne.

4. Argumenter mod interessekonflikter

Investeringsbanken kan imødegå kritikken af interessekonflikter med den begrundelse, at tillidsbrud og uetisk adfærd vil ødelægge investeringsbankens forretning. Investeringsbanker er såkaldte »repeated players« på kapitalmarkedet, og har derfor brug for markedets ubetingede tillid. Gode argumenter til trods synes det imidlertid rimeligt at antage, at investeringsbankernes corporate finance- og analytikeraktiviteter med det seneste års erfaringer, herunder reguleringstiltag og økonomisk empiri (jf. note 7 ovenfor), in mente har indbygget latente interessekonflikter.

5. Den værdipapirhandelsretlige regulering

5.1 Markedstillid og investorbeskyttelse

Dansk værdipapirhandelsret opererer med en forudsætning om et redeligt, gennemsigtigt og ligeligt værdipapirmarked, jf. VHL § 18, stk. 2, nr. 2. Denne forudsætning er motiveret af et generelt ønske om investorbeskyttelse og tillid til værdipapirmarkedet bl.a. i form af korrekt og pålidelig udstederinformation.¹⁵

Et middel til at imødekomme ovennævnte hensyn er regler om henholdsvis informationsdistribution og informationsmisbrug, jf. VHL §§ 23, 27-29, 34-37 a og 39.¹⁶ Disse bestemmelser er set samlet midler til skabelsen og opretholdelsen af et tillidsvækkende værdipapirmarked, hvor investorerne som hovedregel har lige adgang til informationer underlagt regulering (potentielt kurssensitive informationer).

En analytiker må således ikke have adgang til interne informationer om en udsteder. Skal analytikerens kunder udvise bedre afkast end øvrige investorer, må

¹⁴ Se for en analyse af informationsniveauet blandt andet i analytikerrapporter ved børsintroduktioner og betydningen af sådanne rapporter i Danmark, *Per Nikolaj Bukh og Flemming Meineche*, Eksperternes syn på videnressourcer: Analyse af en børsintroduktion, januar 2002. Artiklen er et working paper og er tilgængeligt på www.pnbukh.com/PDF_ARTIKLER/Eksperternes_syn_paa_videnressourcer.pdf.

¹⁵ Jf. FT 1995/96, Tillæg A, s. 1966 ff. Se tillige *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten, s. 357, der anfører, at tillid til markedet er et væsentligt beskyttelseshensyn, samt EU's Vismandsrapporten om værdipapirhandelsmarkedet, Lamfalussy-rapporten, der anfører markedstillid som et væsentligt hensyn bag reguleringen af værdipapirhandelsmarkedet.

¹⁶ Informationer omfattet af Værdipapirhandelsloven kan således som hovedregel ikke selektivt distribueres til udvalgte analytikere og udnyttes i transaktionsøjemed. Undtagelse til denne hovedregel er oplyst i Afgørelser & Udtalelser fra Københavns Fondsbørs 1992 nr. 1.2. Se for analyse af afgørelsen, *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten, s. 379 ff. Se tillige *Peer Schaumburg-Müller*, Børsretlig guide (2002), s. 10 og 79 ff.

noget sådant være et resultat af analytikerens (og dennes kunders) kompetence og ikke selektiv informationsdistribution ej heller motiveret af kortsigtede markedslivkvalitetshensyn.

Praksis fra Københavns Fondsbørs, der specifikt omhandler informationer afgivet til aktieanalytikere, er ikke overvældende. Dog påtalte Fondsbørsen i den såkaldte »Carlsberg-sag« i februar 2002, at en medarbejder hos Carlsberg ikke selektivt måtte videregive oplysninger til udvalgte analytikere om forventninger til den økonomiske udvikling i det indeværende regnskabsår. En sådan information var kurssensitiv og skulle således være oplyst straks, jf. Afgørelse & Udtalelser, februar 2002, nr. 3, s. 4 og 5.¹⁷ Medarbejderen har derudover i september 2002 modtaget en bøde fra Bagmandspolitiet på kr. 20.000.¹⁸

Københavns Fondsbørs har ligeledes på regelniveau adresseret ligelighedsprincippet, jf. Noteringsforpligtelsernes Del II, afsnit 3, §§ 4 og 5. Således fastslår § 4, at alle skal have lige adgang til væsentlige potentielt kurssensitive oplysninger om udstederen. Udstederen skal sikre, at der ikke sker overtrædelse heraf, eksempelvis under investormøder, jf. § 4, stk. 2.¹⁹ Blandt andet derfor anbefaler Københavns Fondsbørs, at udstederen har en særlig ansvarlig for investorrelations, jf. § 5.²⁰

Samlet kan det således konstateres, at målet for værdipapirhandelsretten i Danmark (og EU i øvrigt) er ønsket om at skabe markedstillid og investorbeskyttelse.²¹ Midlerne er redelighed, ligelighed og gennemsigtighed.

¹⁷ En entydig praksis fra Københavns Fondsbørs fastslår derudover, at det ikke er tilladt at informere eksempelvis nyhedsbureauer om potentielt kurssensitive informationer (for at få positiv presseomtale), før sådanne informationer er kommunikeret til Københavns Fondsbørs, jf. f.eks. Afgørelser & Udtalelser 1996.1.13 vedrørende en udsteder, der var partner i et arbejdsfællesskab, som havde indgået en kontrakt til en værdi af 3 mia. kr. Oplysning herom var spredt via en elektronisk nyhedsformidler, inden oplysning om kontrakten var tilgået Københavns Fondsbørs. Fondsbørsen påtalte, at en fondsbørsmeddelelse indeholdende en oplysning om kontrakten og dens betydning ikke var indsendt forinden offentliggørelse via den elektroniske nyhedsformidler. Se i samme retning, Afgørelser & Udtalelser, februar 2002, nr. 5, s. 6 ff. Se også Erik Werlauff, Børs- og kapitalmarkedsret, s. 212 ff. for en gennemgang af Københavns Fondsbørs praksis på området.

¹⁸ Se også for en sag af lignende karakter, Afgørelser & Udtalelser, 1997, 1.22. Afgørelsen er indgående behandlet af Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen, Børsretten, s. 277, note 75.

¹⁹ Se for en beskrivelse investormøders betydning for kursdannelsen, Caspar Rose, Investormøders indflydelse på kursdannelsen – et retligt og økonomisk perspektiv, Finansinvest 4/2001, s. 21 ff. Forfatteren påpeger på baggrund af empiriske tests, at det forekommer sandsynligt, at potentielt kursrelevant information videregives under investormøder. Artiklen er et kort optryk af et længere og mere økonomisk working paper af samme forfatter tilgængeligt på forfatterens hjemmeside på www.cbs.dk.

²⁰ Se for en gennemgang af Noteringsforpligtelserne, Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff, UfR 2002B.86 ff. og Dan Moalem og David Moalem, Nye regler for notering på Københavns Fondsbørs A/S, NTS 2002, nr. 2, s. 147 ff.

²¹ Jf. f.eks. Niamh Maloney, EC Securities Regulation (2002), s. 297 ff. Se for en diskussion af (fortsættes...)

5.2 God værdipapirhandlerskik (god forretningsskik) og god børsskik

Værdipapirhandelsret er en dynamisk retsdisciplin. Den stadige udvikling af finansielle produkter og tjenesteydelser forudsætter en fleksibel regulering. En måde at opnå fleksibilitet på er at anvende retlige generalklausuler – såkaldte god skik-regler.²² Disse konstrueres bevidst med overordnede formuleringer såsom almindelig hæderlighed, redelig handlemåde mv. Betragtet isoleret giver generalklausulerne ikke megen vejledning om, hvad det nærmere indhold måtte være. Intentionen med generalklausulerne er, at de med tiden skal udfyldes af Københavns Fondsbørs, Finanstilsynet, Fondsrådet, Økonomi- og erhvervsministeren samt domstolene.

5.2.1 God værdipapirhandlerskik

Indtil den 1. juli 2002 fandtes reglerne om god værdipapirhandlerskik (god forretningsskik) i værdipapirhandelslovens §§ 5 og 6. Med virkning fra d. 1. juli 2002 overførtes god skik-reglerne til den finansielle virksomhedslovs §§ 3 a og 3 b og 15.²³ Kravet om god værdipapirhandlerskik gælder for værdipapirhandlere som defineret i den finansielle virksomhedslovs § 2, stk. 1.²⁴ Det vil sige, at investeringsbanker også er omfattet. God værdipapirhandlerskik er ligeledes reguleret af Københavns Fondsbørs, der med henvisning til §§ 3 a, 3 b og 15 i de Børssetiske Reglers § 2 bestemmer, at medlemmer af Københavns Fondsbørs har et særligt ansvar for opfyldelse af reglerne om god forretningsskik i §§ 3 a, 3 b og 15.²⁵ Således skal medlemmerne i udøvelsen af deres virksomhed handle loyalt og korrekt i deres kunders bedste interesse og under hensyn til markedets integritet. Beskyttelsessubjektet er primært kunden i den konkrete transaktion.

²¹ (...fortsat)

investorbeskyttelsens forhold til Traktaten, *Niamh Moloney*, *Investor Protection and the Treaty: an Uneasy Relationship*, s. 17 ff., optrykt i *Capital Markets in the Age of the Euro – Cross-Border Transactions, Listed Companies and Regulation (2002)*, red. *Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt og Eddy Wymeersch*.

²² Se om retskildeværdien af god skik-regler, *Sten Bønsing*, *Brancheregler og brancheprocess* (2001), s. 15 ff. og 84 ff.

²³ I det store og hele er der tale om ordrette gengivelser. I forhold til den finansielle virksomhedslovs § 15 er bestemmelsen stort set identisk med den tidligere bestemmelse i værdipapirhandelslovens § 5, stk. 1 om værdipapirhandlernes organisation mv.

²⁴ Se også om god værdipapirhandlerskik (god forretningsskik) andetsteds i denne publikation, *David Moalem*, *Fra generalklausul til detailregulering – værdipapirhandlernes god skik-regulering*. Se ligeledes *Erik Werlauff*, *Børs- og kapitalmarkedsret*, s. 89-90.

²⁵ Princippet udstrækker sig til også at gælde udenlandske finansielle virksomheder, såfremt de udøver virksomhed i Danmark gennem etablering af filial eller udbud af grænseoverskridende tjenesteydelser. Ved overtrædelser af den finansielle virksomhedslovs §§ 3, 3 a og 3 b kan Finanstilsynet give påbud om berigtigelse af forholdet. Forbrugerombudsmanden er tillige berettiget til at anlægge sag om forbud og påbud, jf. den finansielle virksomhedslovs § 68. Overtrædelse af den finansielle virksomhedslovs § 15, stk. 1 straffes med bøde, jf. § 77, stk. 1.

5.2.2 God børsskik

God børsskik er reguleret i de Børsetiske Regler § 1. Af denne bestemmelse fremgår, at »... (A) I offentligt udbud, køb og salg, formidling og rådgivning om værdipapirer optaget til notering på Københavns Fondsbørs A/S skal udføres på en redelig måde og i overensstemmelse med god børsskik.« Bestemmelsen fastsætter en standard for såvel udsteders som værdipapirhandlers ageren på Københavns Fondsbørs med henblik på at opnå den højest mulige standard. God børsskik adskiller sig fra god værdipapirhandlerskik ved, at sidstnævnte gælder ved enhver værdipapirhandel (også uden for Københavns Fondsbørs). God børsskik vedrører såvel udstedere som rådgivere men kun i relation til børsnoterede værdipapirer. Beskyttelseshensynet bag god børsskik er primært markedstillid med iagttagelse af ligebehandlingsgrundsætningen, modsat god værdipapirhandelsskik, hvis primære fokus er beskyttelse af kunden i form af redelighed og fairness.²⁶

5.3 Branchestandarder – Dansk Børsmæglerforenings anbefalinger

God skik-klausulerne er skønsmæssige standarder, som er genstand for stadig udvikling. Et vigtigt moment i god skik-klausulerne er de branchestandarder, som udføres på det regulerede område.²⁷ Dansk Børsmæglerforening er brancheorganisation for medlemmer af Københavns Fondsbørs.²⁸ Børsmæglerforeningen har udarbejdet »Anbefalinger til regulering af corporate finance- og aktieanalyseaktiviteter samt medarbejderhandel«, der trådte i kraft d. 1. juli 2002.²⁹ Anbefalingerne kan for så vidt betragtes som brancheforeningens eksemplificeringer af indholdet af såvel god værdipapirhandelsskik som god børsskik i relation til dets medlemmer. Anbefalingerne koncentrerer sig om tre forhold:

- *Chinese Walls.*
- *Aktieanalyser.*
- *Medarbejderhandel.*

Særligt pkt. (i) og (ii) vil i det følgende være genstand for behandling i samspil med ovenstående retskilder.

²⁶ Jf. Erik Werlauff, *Børs- og kapitalmarkedsret*, s. 88-89.

²⁷ Se om retskildeværdien af branchestandarder, *Sten Bønsing*, *Brancheregler og brancheprocess* (2001), s. 15 ff. og 84 ff.

²⁸ Børsmæglerforeningen definerer *børsmæglere* som: (i) handleren af værdipapirer, (ii) analytiker og (iii) corporate finance-ansatte. For yderligere informationer om Børsmæglerforeningen se www.dbmf.dk.

²⁹ Børsmæglerforeningen, *Anbefalinger til regulering af corporate finance- og aktieanalyseaktiviteter samt medarbejderhandel*, s. 4 ff.

6. Analytikeres adgang til udstederinformationer fra corporate finance-afdelingen

Der er ikke skarpe grænser for, hvor indgående kontakten må være mellem analytikere og corporate finance-afdelingen i relation til udstedere, som modtager rådgivning fra corporate finance-afdelingen. Der bør i sådanne situationer sondres mellem informationer, der kan kvalificeres som intern viden, jf. VHL § 34, stk. 2, 1. pkt., og informationer, der er interne, men som ikke er af en sådan karakter, at de kan kvalificeres som værende intern viden i Værdipapirhandelslovens forstand.

Intern viden defineres i VHL § 34, stk. 2, 1. pkt. som »...ikke offentliggjorte oplysninger om udstedere af værdipapirer, værdipapirer eller markedsforhold vedrørende disse, som må antages at få betydning for kursdannelsen på et eller flere værdipapirer, hvis oplysningen blev offentliggjort.«

Formålet med VHL § 34, stk. 2, 1. pkt. er at fremme »investorerne tillid til, at de stilles lige, ... (og) skabe og bevare tilliden til det finansielle marked.«³⁰ Midlet hertil er beskyttelse mod uhæderlig anvendelse af intern viden.³¹ Som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, opstilles der ikke et krav om, at de ikke offentliggjorte oplysninger skal have en potentiel væsentlig betydning for kursdannelsen, hvis oplysningen blev offentliggjort.³²

6.1 Adgang til intern viden, jf. VHL § 34, stk. 2, 1. pkt.

En analytiker kan som udgangspunkt ikke modtage intern viden, uden at analytikeren bliver insider i Værdipapirhandelslovens forstand. Medarbejdere i corporate finance-afdelingen, der videregiver intern viden til analytikeren, vil som udgangspunkt være omfattet af tavshedspligt som følge af corporate finance-afdelingens interne regler, jf. VHL § 36, stk. 2. Derudover gælder videregivelsesforbudet i VHL § 36, stk. 1, medmindre videregivelsen er et normalt led i udøvelsen af vedkommendes beskæftigelse (erhverv) eller funktion.³³

Det fremgår af Børsmæglerforeningens anbefalinger, at investeringsbanker skal have klare retningslinier for, hvem der må modtage intern viden, og under hvilke betingelser en sådan videregivelse kan ske. Heraf kan udledes, at Børsmæglerforeningen som udgangspunkt anser det for i strid med god børsskik at videregive intern viden, medmindre særlige forhold taler herfor, Børsmæglerforeningens anbefalinger, s. 4, 1. punkt.

³⁰ Insiderbetænkningen, s. 33, som beskriver formålet med behovet for en definition af intern viden.

³¹ Insiderbetænkningen, s. 34. Se også *Boye Jacobsen og Kim Sparlund*, Nye regler om insiderhandel, R&R 1991, nr. 7, s. 13, der anfører, at hensigten er at ramme uhæderlig adfærd.

³² Jf. *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten, s. 365-66, *Peer Schaumburg-Müller*, Børsretlig guide, s. 134-35. Se modsat, *Jesper Lau Hansen*, Informationsmisbrug, s. 286. Afhandlingen er anmeldt af *Mogens Koktvedgaard*, UfR 2001B.372 ff.

³³ Se om sanktioner i forbindelse med insider trading, *Jesper Lau Hansen*, Sanktioner mod insiderhandel og kursmanipulation, s. 265 ff. optrykt i *Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15-17 augusti 2002*, Del I.

Modtager en analytiker således informationer fra corporate finance-afdelingen, som kan kvalificeres som intern viden i værdipapirhandelslovens forstand, og er en sådan videregivelse ikke nærmere begrundet og/eller i strid med investeringsbankens egne retningslinier på området, vil der være tale om et forhold, der vil være omfattet for § 36, stk. 1 fsva. den pågældende medarbejder i corporate finance-afdelingen. Analytikeren vil som konsekvens heraf være at betragte som insider og derfor være afskåret fra at udarbejde nye analyser, indtil den modtagne interne viden er blevet kommunikeret til markedet i form af eksempelvis en fondsbørsmeddelelse, jf. VHL § 27, stk. 1 og 2, eller et prospekt, jf. VHL § 23, stk. 1. Om Finanstilsynet i en sådan sag kan påtale over for investeringsbanken, at de interne regler ikke sikrede den fornødne uafhængighed, jf. VHL § 36, stk. 2 og den finansielle virksomhedslov §§ 3 a og 3 b, må afgøres konkret.

6.2 Adgang til viden, der ikke er omfattet af § 34, stk. 2, 1. pkt.

Situationen beskrevet ovenfor er forholdsvis klar, idet der er tale om misbrug af intern viden, jf. § 34, stk. 2, 1. pkt. Dansk værdipapirhandelsret opererer ikke med et krav om væsentlighed ved vurderingen af, om en information skal kvalificeres som intern viden. Det betyder imidlertid ikke, at enhver information er omfattet. Der er stadig et krav om potentiel kurssensitivitet. Det er derfor tvivlsomt at lade en hvilken som helst monopolistisk information være omfattet af § 34, stk. 2, 1. pkt. Følgende eksempel kan illustrerer sondringen.

Eksempel 1.

2 dage forinden afholdelse af en pressekonference hos en udsteder, som corporate finance-afdelingen bistår med en konkret ikke-offentliggjort transaktion, ringer en medarbejder fra corporate finance-afdelingen til analyseafdelingens analytiker, der følger udstederens industri-segment. Den corporate finance-ansatte anbefaler analytikerne af dukke op på pressemødet, fordi »...du vil ikke som analytiker blive skuffet, hvis du dukker op«. Udstederen har ikke offentliggjort en fondsbørsmeddelelse siden den seneste kvartalsmeddelelse. Umiddelbart forinden pressemødet fremsendes en fondsbørsmeddelelse, der oplyser, at udstederens ledelse har modtaget et betinget (90 % køb af samtlige aktier) købstilbud på økonomisk favorable vilkår (3 x dagskursen) på samtlige aktier. Køber er den dominerende spiller i industrisegmentet. Corporate finance-afdelingen bistår udstederens ledelse med at tage stilling til tilbudet.

Det vil næppe være i strid med gældende ret, hvis den af corporate finance-medarbejderen givne information ikke kvalificeres som intern viden i henhold til VHL § 34, stk. 2, 1. pkt. Samtidig er der næppe nogen tvivl om, at en sådan informationsafgivelse umiddelbart forekommer uhæderlig, idet ingen andre aktører i markedet foruden investeringsbanken og udstederen (og dennes øvrige rådgivere) har adgang til den samme information. Den eneste grund, til at analytikeren modtager informationen, er, at denne er ansat samme sted som den corporate finance-ansatte.

Ud fra et markedstillidsperspektiv synes de Børsetiske Reglers § 1 om god børsskik at kunne anvendes. Corporate finance-afdelingens selektive informering af analyseafdelingen er formentlig i stand til at skade opfattelsen af såvel markedets integritet som investorbeskyttelsen. Derudover forekommer forholdet at være i strid med Børsmæglerforeningens egne anbefalinger. Den afgivne information burde ikke

være formidlet til analytikeren, ligesom informationen giver analytikeren indtrykket af eller mistanke om, at corporate finance-afdelingen har modtaget et ikke offentliggjort opdrag fra den relevante udsteder, jf. Børsmæglerforeningens anbefalinger, s. 4 og 5, punkt 1 og 3. Såfremt det derfor vurderes, at informationen er for ukonkret og ikke besidder den fornødne potentielle kurssensitivitet, jf. VHL § 34, stk. 2, 1. pkt., vil markedsintegriteten kunne beskyttes ved at gøre brug af generalklausulen *god børsskik*. Endelig kan det overvejes, om forholdet kan betragtes som et brud på god værdipapirhandlerskik, idet investeringsbankens forskellige afdelinger ikke udadtil fremstår som uafhængige, når corporate finance-afdelingen forsyner analytikerafdelingen med informationer i strid med god børsskik, jf. den finansielle virksomhedslov §§ 3 a og 3 b.

6.3 Gråzone

Det er ikke altid helt åbenbart, hvornår en analytiker er forhindret i at modtage informationer fra corporate finance-afdelingen. Dette kan illustreres ved følgende eksempel.

Eksempel 2.

Corporate finance-afdelingens kunde, der er udsteder på Fondsbørsen, gennemfører en overtagelse af en anden udsteder på Fondsbørsen. Efter overtagelsen er blevet behørigt offentliggjort, giver en medarbejder i corporate finance-afdelingen sin kollega i analytikerafdelingen en pointe, som enhver anden analytiker vil have adgang til via offentligt tilgængelig information – disse informationer er kommunikeret i nøjagtige, tydelige og fyldestgørende fondsbørsmeddelelser. Den modtagne pointe forenkler analytikerens arbejde, og sætter analytikeren i stand til hurtigere end konkurrenterne at fremkomme med et kvalificeret analyseresultat.

Der er på den ene side ingen tvivl om, at corporate finance-medarbejderen er i stand til at »tippe« sin analytikerkollega, fordi corporate finance-afdelingen har modtaget opdrag fra udstederen. Analytikeren er således primært i stand til at samle sin informationsmosaik hurtigere end konkurrenterne som følge af tippet.

Der er på den anden side heller ikke tvivl om, at de modtagne informationer ikke længere er interne i Værdipapirhandelslovens forstand. Corporate finance-medarbejderen samler alene informationsmosaikken for analytikeren på baggrund af offentliggjorte informationer.

Om et sådant forhold er omfattet af de Børsetiske Reglers § 1 er uklart. Forholdet kan imidlertid anskues med udgangspunkt i god værdipapirhandlerskik. Hvis det forudsættes, at markedet får kendskab til corporate finance-afdelingens tipning af analytikeren, svækkes investorenes markedstillid og tiltro alt andet lige til, at investeringsbankernes afdelinger er uafhængige af hinanden. I så fald vil der formentligt være tale om en overtrædelse af den finansielle virksomhedslov § 3 a, stk. 1, nr. 3 og 4 og § 3 b, stk. 1, nr. 2. Eksemplet kan derfor forsøges løst vha. generalklausulen *god værdipapirhandlerskik*.

Resultatet er imidlertid ikke åbenbart. Den eneste vejledning er, at samtalerne mellem analytikere og corporate finance-medarbejdere ikke må give anledning til,

at analytikeren får mistanke om corporate finance-afdelingens konkrete opdrag.³⁴ Er såvel analytikeren som corporate finance-medarbejderen i tvivl, bør de rette henvendelse til investeringsbankens compliance-funktion i overensstemmelse med Børsmæglerforeningens anbefalinger s. 5, 1. punkt.

7. Analytikerens wall crossing

Analytikere kan som udgangspunkt bistå corporate finance-afdelingens i forbindelse med sidstnævntes konkrete opdrag. Investeringsbanken skal imidlertid stadig sikre sig, at der ikke mellem de forskellige afdelinger opstår interessekonflikter, jf. den finansielle virksomhedslov §§ 3 a, stk. 1, nr. 4. og 3 b, stk. 1, nr. 2. Dertil kommer Børsmæglerforeningens anbefaling om klare regler for en analytikers wall crossing, herunder hvordan analytikeren skal optræde, og hvornår den wall crossed analytiker kan genoptage sin primære funktion som analytiker i relation til de aktier, som den konkrete corporate finance-transaktion vedrører, jf. Børsmæglerforeningens anbefalinger s. 6, 1. punkt.

Analytikere kan derfor bistå corporate finance-afdelingen, så længe bistand ydes under regulerede forhold, der tilgodeser og sikrer (i) kundernes og værdipapirmarkedets integritet, og (ii) at investeringsbankens afdelinger opererer uafhængigt af hinanden, jf. den finansielle virksomhedslov §§ 3a, stk. 1, nr. 4. og 3 b, stk. 1, nr. 2, de Børsetiske Reglers § 2.

8. Investeringsbankens tiltag ved wall crossing

Det skal imidlertid understreges, at wall crossing kræver omhyggeligt udarbejdede retningslinier. Wall crossing bør derfor ikke ske på ad hoc-basis. I de tilfælde hvor corporate finance-afdelingens deltagelse i en transaktion er fortrolig, vil en analytikers overgang til corporate finance-afdelingen eksempelvis kunne vække mistanke blandt de øvrige analytikere. Det bør derfor alene være i særlige situationer, at wall crossing forekommer. Ellers er der risiko for, at Fondsbørsen og Finanstilsynet efter omstændigheder finder handlingerne i strid med henholdsvis god børsskik og god værdipapirhandlerskik.

Samtidig skal det understreges, at analytikeren efter en wall crossing er underlagt de samme begrænsninger (og interne regler) som corporate finance-medarbejdere. Analytikeren må således ikke føre samtaler med sine »gamle« analytikerkollegaer om forhold, der kan give anledning til mistanke om den konkrete transaktion. Der kan opstå gråzoner, hvor en enkelt information, der ikke kan kvalificeres som intern viden, jf. VHL § 34, stk. 2, 1. pkt., i stedet rammes af generalklausulerne god værdipapirhandlerskik og god børsskik. Årsagen hertil er, at informationen i hænderne på en sofistikeret analytiker kan give denne en konkurrencefordel, som potentielt kan skade investorerne tillid til markedet og investeringsbankernes uafhængighed. Er den relevante wall crossing således konkret og sagligt begrundet, og håndteres situationen stadigt og omhyggeligt i henhold til velovervejede

³⁴ Se for en tilsvarende opfattelse efter norsk ret, *Erling Christiansen*, *Analyser og corporate-opdrag i verdipapirforetak*, Tidsskrift for Forretningsjus, nr. 2/2002, 12.

retningslinier, kan wall crossing være til fordel for såvel investeringsbanken som dennes kunder.

9. Analytikerens genoptagelse af analysevirksomhed

Når transaktionen er slut, vil analytikeren typisk igen lave en wall crossing – denne gang tilbage til analyseafdelingen. Spørgsmålet er herefter, om analytikeren må påbegynde sine analyseaktiviteter igen uden en karantæneperiode – en såkaldt *black out* periode – eller om analytikeren i en defineret periode ikke kan analysere den udsteder, som var opdragsgiver i corporate finance-transaktionen. Der bør i den forbindelse sondres mellem to situationer. Den første situation er analyseaktiviteter i tidspunktet inden eksempelvis et prospekts offentliggørelse, men efter dets udarbejdelse. Den anden situation relaterer sig til tiden efter udbudets gennemførelse. Disse to situationer analyseres i det følgende.

9.1 Analyseaktiviteter forinden prospektets offentliggørelse

Såvel Noteringsforpligtelserne som Børsmæglerforeningens anbefalinger adresserer investeringsbankens muligheder for at udsende analyser i tilknytning til eksempelvis prospektoffentliggørelse, jf. Noteringsforpligtelsernes Del II, afsnit 2, § 5, stk. 5 og Børsmæglerforeningens anbefalinger, s. 7, 3. punkt.³⁵

Eksempelvis i Norge er det markedspraksis, at en investeringsbank i forbindelse med offentliggørelse af et prospekt udsender en analyse af udstederen med bistand af den wall crossed analytiker. Der stilles i den forbindelse krav om, at investeringsbanken behørigt informerer om såvel corporate finance-afdelingens som analytikerens konkrete roller i den sammenhæng. Markedet skal have fuld indsigt i alle relevante forhold.³⁶

Der foreligger ikke p.t. offentliggjorte data, der vedrører markedspraksis i Danmark. Imidlertid foreslår Børsmæglerforeningen i sine anbefalinger, s. 6, punkt 2, at investeringsbanken udarbejder retningslinier, der netop tager sigte på en sådan

³⁵ I henhold til § 5, stk. 5 skal analyser udarbejdet af udstederens finansielle formidlere i forbindelse med offentliggørelsen af et prospekt indsendes til Københavns Fondsbørs, så snart de foreligger. Børsmæglerforeningens anbefalinger foreskriver, at en investeringsbank, der er involveret i eksempelvis en børsintroduktion, ikke bør udsende analyser om udstederen i en periode, der begynder senest 7 dage før offentliggørelse af prospektet og varer indtil tidligst 30 dage efter, at tildelingen af aktier til investorerne er gennemført. Udover at have sigte på ønsket om materielt rigtige prospekter kan § 5, stk. 5 og Børsmæglerforeningens anbefaling ligeledes tolkes således, at Københavns Fondsbørs og Børsmæglerforeningen er opmærksomme på de potentielle interessekonflikter, der kan være, når analytikere laver *wall crossing* og herved, at investeringsbanker kan have særskilte interesser i, at udstederens udbudte værdipapirer bliver aftaget. Er der således væsentlige informationer i en finansiell analyse, som ikke er medtaget i prospektet, kan sådanne forhold således adresseres af Københavns Fondsbørs (der kan videregive sagen til Finanstilsynet), ligesom Børsmæglerforeningen kan påtale forholdet over for sit medlem. Se for en behandling af § 5, stk. 5, *Dan Moalem og David Moalem*, Nye regler for notering på Københavns Fondsbørs, 2002, nr. s. 151.

³⁶ Jf. *Erling Christiansen*, Analyser og corporate-opdrag i verdipapirforetak, Tidsskrift for Forretningsjus, nr. 2/2002, 14.

situation. Respekteres VHL § 36, stk. 2, og oplyses markedet behørigt om analytikerens rolle i forbindelse med corporate finance-afdelingens opdrag, synes der ikke umiddelbart at være grund til at forsøge at begrænse en sådan aktivitet med generalklausulerne om god værdipapirhandlerskik og god børsskik, jf. den finansielle virksomhedslov §§ 3 a og 3 b og de Børsetiske Reglers § 1.

9.2 Analyseaktiviteter efter udbudets gennemførelse

Når tilknytningen til corporate finance-afdelingen er afsluttet – eksempelvis ved udbudets endelige gennemførelse og tildeling af de udbudte værdipapirer – ændrer analytikerens funktion igen karakter. En wall crossed analytiker har alt andet lige altid et bedre billede af udstederen end markedet generelt, selvom der er udarbejdet et behørigt prospekt, jf. § 23, stk. 1 samt bestemmelserne herom i Prospektbekendtgørelsen. Derfor kan der til en efterfølgende wall crossing opstå mistanke i markedet om, at analytikeren udnytter eventuelle informationsfordele.

Børsmæglerforeningens anbefaling i en sådan situation er, at investeringsbanken udarbejder retningslinier for wall crossed analytikeres muligheder for genoptagelse af aktiviteter i relation til den udsteder, som analytikeren har bistået corporate finance-afdelingen med at rådgive. Herudaf kan formentlig tolkes, at Børsmæglerforeningen anbefaler medlemmerne, at de opererer med en black out-periode. En black out-periode indebærer, at analytikeren i en nærmere angivet periode ikke må afgive konkrete anbefalinger i relation til den pågældende udsteder. Begrundelsen for black out-perioder er, at analytikeren alt andet lige har en mere detaljeret informationsmosaik vedrørende udstederen end markedet generelt som følge af dennes adgang til fortrolig – og ofte intern – viden om udstederen i prospektfasen.

Længden af black out-perioden er ikke nærmere beskrevet i Børsmæglerforeningens anbefalinger. Det norske Fondsmæglerforbund anbefaler dets medlemmer, at analytikere ikke udarbejder analyser om udstedere, som de har bistået i corporate finance-sammenhænge, indtil informationsfordelen har udjævnet sig i markedet, eller der er gået mindst 6 måneder, jf. Fondsmæglerforbundets anbefaling nr. 3/1998, pkt. 2.

Henset til markedstilliden og investorbeskyttelsen forekommer ovenstående anbefaling velbegrundet. Der vil desuden formentlig ikke være den store forskel mellem danske investeringsbankers konkrete retningslinier og det norske Fondsmæglerforbundets anbefalinger. Er denne forudsætning korrekt, må der som minimum stilles krav om, at en analytiker underlagt dansk ret ikke udarbejder analyser om en udsteder, førend markedet har modtaget en periodisk regnskabsmeddelelse, jf. Noteringsforpligtelsernes § 25 og Betingelsesbekendtgørelsens kapitel 6. Overholdes dette krav ikke, kan det resultere i, at analytikeren overtræder videregivelsesforbudet i VHL § 36, stk. 1, jf. § 94, stk. 1. Investeringsbanken kan ligeledes i denne situation have handlet i strid med god værdipapirhandlerskik ved ikke at have forebygget situationen i form af adækvate interne regler.

Informationsudligningen relaterer sig ikke nødvendigvis til den enkeltstående potentielt kurssensitive information, jf. VHL §§ 27, stk. 1 og 34, stk. 2, 1. pkt. En række mindre – men hver for sig ikke potentielt kurssensitive – informationer, der samlet kan bibringe investorerne et mere komplet billede og derved opnå potentiel

kurssensitivitet, bør også være omfattet af forbudet. Primært fordi formålet med værdipapirhandelsretlig regulering er at sikre markedstilliden og investorbeskyttelsen. Derfor er det tilrådeligt, at analytikeren og investeringsbanken udviser tilbageholdenhed i deres fortolkning af, hvornår der er sket informationsudligning. Forhold, der måske ikke umiddelbart er omfattet af VHL § 27, stk. 1 og 34, stk. 2, 1. pkt., kan efter en konkret vurdering udmærket være i strid med eksempelvis god børsskik, jf. de Børsetiske Reglers § 1.

10. Afsluttende bemærkninger

Efter et årti med hektisk markedsaktivitet går 2002 formentlig over i historien som et af de dårligste år målt på aktiviteten på værdipapirmarkedet. Dertil kommer en række finansskandaler, hvoraf Enron-skandalen har påkaldt sig størst opmærksomhed. Blandt andet som følge af store aktiefald er der kommet fokus på forholdet mellem analytikere og corporate finance-afdelinger og disses forhold til deres respektive kunder. På baggrund af gennemgangen af den retlige regulering af fire udvalgte forhold konkluderes, at investeringsbanker skal være opmærksomme på interessekonflikter mellem på den ene side corporate finance- og analytikerafdelingerne og den anden side investeringsbanken som sådan og dennes kunder (investorer og udstedere). Sådanne interessekonflikter opstår bl.a. som følge af investeringsbankernes aflønningsstruktur, men også som følge af muligheden for wall crossing mellem corporate finance- og analytikerafdelingerne. Investeringsbankerne skal i forbindelse med wall crossing være opmærksomme på såvel værdipapirhandelslovens regler om informationsmisbrug som god værdipapirhandelsskik og god børsskik, jf. henholdsvis den finansielle virksomhedslov § 3 a og 3 b samt de Børsetiske Reglers § 1. Børsmæglerforeningen har per 1. juli 2002 udstedt anbefalinger på området, hvilket sammen med EU's overvejelser i samme retning indicerer, at interessekonflikter mellem investeringsbanker og kunderne har stor betydning for tilliden til markedet og investorbeskyttelsen. Det anbefales derfor investeringsbanker at være særdeles opmærksomme på udarbejdelsen og opdatering af interne regler for håndtering af potentiel kurssensitiv information og potentielle interessekonflikter.

Fra generalklausul til detailregulering – værdipapirhandlernes god skik-regulering

af

David Moalem

1. Indledning

Et af værdipapirmarkedets kendetegn er den hastighed, hvormed markedet udvikler og forandrer sig. Den stadige udvikling af finansielle produkter og tjenesteydelser forudsætter en ramme i form af en fleksibel retlig regulering. Værdipapirhandelsretten er derfor på mange måder en dynamisk retsdisciplin forstået ved, at retten konstant udvikles og forandres for at skabe en fornuftig reguleringsramme om værdipapirmarkedet.

En måde at opnå den nødvendige fleksibilitet er anvendelsen af generalklausuler (retlige standarder). Sådanne kan kort defineres som retskilder, der inden for visse rammer overlader afgørelsen til retsanvenderens skøn. Konstruktionen er almindeligvis at henvise til et moralbegreb, som forudsættes bekendt. Velkendte eksempler er god markedsføringsskik, god regnskabsskik, god advokatskik etc. Også værdipapirhandelsretten har sine klausuler. Disciplinens hovedklausul er god værdipapirhandelskik i værdipapirhandelslovens § 3, stk. 1. For værdipapirhandlernes vedkommende er yderligere to klausuler centrale – god værdipapirhandlerskik,¹ jf. den finansielle virksomhedslovs §§ 5 og 6, og best execution, der reguleres af en række forskellige regelsæt.

Som det vil fremgå af artiklen, er disse generalklausuler i dag blevet udviklet i en sådan grad, at den generelle karakter er svundet betydeligt ind. Denne bevægelse fra generalklausul til detailregulering er i realiteten blot udtryk for fyldestgørelsen af en prædestineret skæbne. Man ønsker at have en retlig fleksibilitet og drage erfaringer fra praksis. Efterhånden som klausulen anvendes i praksis, krystalliserer der sig en række mere eller mindre faste enkeltregler, hvorved klausulen så at sige rationaliseres. Derved lettes retsanvendelsen, men det er samtidigt ensbetydende med, at den generelle karakter »bid for bid« svinder ind.² Der overlades med andre ord mindre

¹ Den finansielle virksomhedslov bruger betegnelsen god forretningsskik. Denne klausul gælder for finansiell virksomhed i al almindelighed, herunder forsikrings-, realkredit og pengeinstitutvirksomhed. Eftersom artiklen udelukkende behandler værdipapirhandlerne, anvendes i det følgende begrebet god værdipapirhandlerskik som synonym herfor.

² Om den retlige standard som generelt retligt begreb, se blandt andre *Morten Wegener*; Juridisk Metode, 2000, s. 38 og 128 ff., *Sten Bønsing*; Brancheregler og brancheproses, 2001, *Stig Strömholm*; Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 1997, s. 245 ff., *Niels Kristian Sundby*; Om Normer, 1978, s. 237 ff. og *Ragnar Knoph*; Rettslige Standarder, 1934.

og mindre rum til skønsudøvelsen, der i stedet afløses af en fastere retlig vurdering. Hvor en sådan udvikling normalt er en væsentlig gevinst for retssikkerheden, forstået som muligheden for at forudsige sin retsstilling, må man som lovgiver samtidigt være opmærksom på ikke at konstruere reglerne så detaljerede, at de kommer til at fungere som en unødvendig spændetrøje for markedsaktørernes naturlige adfærd samt udvikling.

2. En regulering under forandring

Henover sommeren 2002 og i løbet af efteråret/vinteren samme år er reguleringen af værdipapirhandlerne undergået ikke ubetydelige forandringer. Den 29. maj 2002 vedtog Folketinget en større lovændring som følge af en generel oprydning af konkurrerende kompetencer blandt myndighederne på værdipapirmarkedet.³ Lovændringerne, der trådte i kraft den 1. juli 2002, har blandt andet løst den meget debatterede kompetencestrid mellem Fondsrådet og Forbrugerombudsmanden. Den 15. juli 2002 udstedte Fondsrådet tillige et informationsbrev som supplement til bekendtgørelsen og vejledningen om god værdipapirhandelsskik. Senest har Finanstilsynet i samarbejde med Forbrugerstyrelsen, den 3. september 2002, udstedt et udkast til en bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, og en ny bekendtgørelse om god værdipapirhandelsskik forventes udstedt inden årsskiftet 2003. Hertil kommer, at der i EU-regi arbejdes på udstedelsen af et nyt investerings-servicedirektiv. For værdipapirhandlerne er der i realiteten tale om en mindre reform af reguleringen af såvel materiel som formel betydning. Artiklen har derfor til formål at præsentere hovedtrækkene i den nye regulerings struktur samt væsentlige nyheder.⁴

3. Kort om klausulerne og den indbyrdes begrebsafgrænsning

For de værdipapirhandelsretlige generalklausuler har udviklingen nu nået et sådant stade, at der er skabt en ikke ubetydelig detailregulering. Dette betyder, at der i dag stilles store krav til værdipapirhandleres organisation, adfærd og kunderelationer. Særligt for så vidt angår klausulerne god værdipapirhandlerskik og best execution er der tale om en så detaljeret regulering, at disse vanskeligt kan karakteriseres som generalklausuler – i hvert fald ikke i den ovenfor beskrevne forstand. Klausulen god værdipapirhandelsskik har derimod bevaret sin generelle, principielle karakter.

God værdipapirhandelsskik er som nævnt ovenfor værdipapirhandelsrettens hovedklausul. Dens eksistensberettigelse ligger i fastlæggelsen af selve retsdiscipli-

³ Kompetenceproblematikken er beskrevet af *Jesper Lau Hansen*; *Kapow! – Historien om et forudsigeligt sammenstød*, Finans/Invest nr. 5/2001.

⁴ Om reguleringen se ligeledes *David Moalem*; *God skik og værdipapirhandlere*, FinansInvest nr. 7, 2002, *Peer Schaumburg-Müller*, *Børsretlig guide*, 2002, s. 101 ff., *Paul Krüger Andersen* og *Nis Jul Clausen*; *Børsretten*, 2000, s. 65 ff. og *Erik Werlauff*; *Børs- og Kapitalmarkedsret*, 2000, s. 85 ff.

nens adfærdsstandard – god værdipapirhandelsskik – en retlig standard, som samtlige markedsaktører skal leve op til.⁵

God værdipapirhandlerskik er derimod udelukkende en standard for tjenesteydere – værdipapirhandlerne. Til forskel fra god værdipapirhandelsskik indeholder denne klausul meget specifikke krav til værdipapirhandlernes organisation, interne kontrol og kunderelationer.

Best execution vedrører alene kravene til den konkrete handels udførelse. Herved er det udelukkende værdipapirhandlerens adfærd, efter at en ordre er afgivet, der reguleres. Frem til handelsordren er afgivet, må adfærden derimod vurderes som et spørgsmål om god værdipapirhandlerskik. Dette betyder særligt, at de centrale spørgsmål om oplysningspligt og rådgivning henhører under god værdipapirhandlerskik. I lighed med god værdipapirhandlerskik er best execution-kravet karakteriseret ved meget specifikke regler.⁶

4. God værdipapirhandelsskik

4.1 Værdipapirhandelslovens § 3, stk. 1

God værdipapirhandelsskik, som defineret i værdipapirhandelslovens § 3, stk. 1, er, som tidligere nævnt, den »ægte« generalklausul. Den opfylder som den eneste af de tre god skik-regler til stadighed definitionen af en generalklausul, hvorved forstås en retskilde, der inden for visse rammer overlader afgørelsen til retsanvenderens skøn. Som værktøj til at bestemme det retlige indhold opregner værdipapirhandelslovens § 18 tre grundlæggende principper – redelighed, gennemsigtighed og lighed. Det er herefter overladt til retsanvenderen – det vil primært sige domstolene, Fondsrådet og markedspladsen (Københavns Fondsbørs A/S og Dansk AMP A/S) – at vurdere, om der i konkrete tilfælde er tale om en overtrædelse af god værdipapirhandelsskik.

4.2 Fondsrådets bekendtgørelse om god værdipapirhandelsskik samt vejledning og informationsbrev

4.2.1 Generelt

Bekendtgørelsen om god værdipapirhandelsskik er udstedt af Fondsrådet med hjemmel i værdipapirhandelslovens § 3, stk. 2. Som supplement hertil har Fondsrådet tillige udstedt en Vejledning til bekendtgørelsen og per 15. juli 2002 tillige et Informationsbrev.

Indtil den 1. juli 2002 lå hjemmelen til at udstede regler hos Fondsrådet. Dette er ændret således, at den regeludstedende kompetence nu ligger hos Økonomi- og erhvervsministeriet efter høring af Fondsrådet. Indtil ministeriet har udnyttet sin kompetence til at udstede en ny bekendtgørelse, er Fondsrådets bekendtgørelse stadig gældende. Denne bekendtgørelse forventes udstedt omkring årsskiftet 2003.

⁵ Jf. Folketingstidende 1995-96, Tillæg A, s. 1972, spalte 2.

⁶ Den her foretagne begrebsafgrænsning er i overensstemmelse med afgrænsningen i Rapport fra arbejdsgruppen vedrørende god værdipapirhandelsskik mv., november 2000. Rapporten er tilgængelig på Finanstilsynets hjemmeside www.ftnet.dk.

Den nye bekendtgørelse må forventes at indeholde en kodificering af den hidtidige bekendtgørelse, vejledning samt informationsbrevet fra Fondsrådet. Indførelsen af den nye bekendtgørelse har den konsekvens, at Forbrugerombudsmandens retningslinier for god markedsføringsskik bortfalder (omtales nedenfor i afsnit 4.3).

Bekendtgørelsen om god værdipapirhandelsskik finder anvendelse på handel med værdipapirer (køb, salg og formidling), hvor kun den ene part er værdipapirhandler, jf. bekendtgørelsens § 1. Handler mellem private eller mellem professionelle er derved ikke omfattet. Der sigtes altså til forhold, hvor der ikke består en kontraktbalance mellem parterne – typisk ved konstellationen værdipapirhandler/privat investor.

Fondsrådet har den 24. september 2002 truffet en principiel afgørelse vedrørende bekendtgørelsens anvendelsesområde.⁷ Det konkrete spørgsmål, der blev rejst af en brancheorganisation, omhandlede forholdet mellem en ejendomsmægler og sælgeren af en fast ejendom. Nærmere vedrørte spørgsmålet, hvorvidt ejendomsmægleren, når denne handler sælgerens pantebreve via en værdipapirhandler efter bekendtgørelsens § 4, er pligtig at udlevere almindelige forretningsbetingelser til sælgeren (kunden). Konstellationen er altså værdipapirhandler-ejendomsmægler-sælger.

Fondsrådet udtalte, at oplysningspligten som udgangspunkt påhviler værdipapirhandleren – ikke ejendomsmægleren. Herefter anlægger Fondsrådet en interessant principiel tredeling af oplysningspligten i tre forskellige konstellationer: (i) værdipapirhandler-kunde, (ii) værdipapirhandler-ejendomsmægler som fuldmægtig for kunden (sælger) og (iii) værdipapirhandleren ved ejendomsmægleren-kunden (sælger).

Den første situation (i) er den klassiske situation med værdipapirhandleren og kunden. Her har værdipapirhandleren selvfølgelig en oplysningspligt over for sin kunde.

I den anden situation (ii) optræder ejendomsmægleren ifølge aftale som sælgerens/kundens fuldmægtig. Her skal værdipapirhandleren give oplysning til fuldmægtigen, dvs. ejendomsmægleren. Det påhviler værdipapirhandleren at fastslå, hvorvidt der i det konkrete tilfælde foreligger et fuldmagtsforhold samt den nærmere karakter heraf. Der påhviler ikke ejendomsmægleren en pligt til efter bekendtgørelsen at videregive og gennemgå vilkårene med (sælger) kunden. En sådan pligt kan dog eksistere efter andre regelsæt, herunder ejendomsmæglerens forpligtelse til, efter de almindelige fuldmagtsregler, at handle i sælgerens (kundens) bedste interesse.

I den tredje situation (iii) er der indgået et sådant nært samarbejde, at ejendomsmægleren i realiteten handler på vegne af værdipapirhandleren. Er dette tilfældet, påhviler der ejendomsmægleren en pligt til at udlevere de almindelige forretningsbetingelser samt på foranledning at gennemgå disse med kunden (sælger).

Bekendtgørelsens krav til værdipapirhandlerne kan overordnet opdeles i fem hovedpunkter; (i) vilkår for handlers udførelse (best execution), (ii) værdipapirhandlerens almindelige forretningsbetingelser, (iii) formodningsregel i relation til

⁷ Afgørelsen er tilgængelig på Finanstilsynets hjemmeside www.ftnet.dk.

handelstype, (iv) afregningsvilkårene for værdipapirhandelen, og (v) fremsendelse af oplysninger til kunden i forbindelse med afregningen.

Nedenfor behandles udelukkende punkt (v), dvs. pligten til at fremsende oplysninger i forbindelse med afregningen. Det skyldes, at denne forpligtelse har været genstand for særlige tiltag fra Finanstilsynets side siden vedtagelsen af bekendtgørelsen.

4.2.2 Fremsendelse af oplysninger

I bekendtgørelsens § 9, stk. 1, opregnes syv oplysninger som værdipapirhandlerens afregningsnota som minimum skal indeholde. Disse er (1) handelstype, (2) handelssystem, (3) tidspunktet for handelens gennemførelse, (4) handelssystemets bedste bud/udbud, (5) handelskursen, (6) de samlede handelsomkostninger og (7) principperne for kursfastsættelsen.

Bestemmelsen i § 9, stk. 1, gælder alene værdipapirer, der er noteret på en dansk fondsbørs eller optaget til handel på en dansk autoriseret markedsplads. Formålet er at gøre investoren i stand til at kontrollere, hvad værdipapirhandleren har foretaget sig, herunder om dette stemmer overens med det aftalte. I § 9, stk. 2, fastlægges nogle lempeligere minimumskrav til værdipapirer, der er noteret på en udenlandsk fondsbørs eller optaget til handel på en udenlandsk autoriseret markedsplads.

Afregningsnotaen kan udleveres i fysisk form og tillige elektronisk, såfremt dette er aftalt med kunden. Vælges den elektroniske afregningsnota, skal værdipapirhandleren dog være opmærksom på Finanstilsynets skrivelse af 28. maj 1999 om anvendelse af elektroniske handelsnotaer. Heraf fremgår, at selskabet i så fald endvidere skal udarbejde forretningsgange for udarbejdelse, kontrol og fremsendelse af handelsnotaer og øvrig korrespondance i elektronisk form. Selskabet skal endvidere etablere et beredskab, der indebærer, at selskabet i tilfælde af systemnedbrud kan udskrive og fremsende papirnotaer til kunderne.

For så vidt angår kravene til handelstypen, er det Fondsrådets opfattelse, jf. Fondsrådets Informationsbrev af 15. juli 2002⁸ til samtlige værdipapirhandlere, at det er mest korrekt at oplyse handelstypen som eksempelvis (i) børshandel, (ii) strakshandel eller (iii) gennemsnitskurshandel. Angivelser såsom »Handelstype: Straks« og »Handelstype: Gennemsnit« accepteres dog.

Vedrørende kommissionshandel har Fondsrådet i en principiel afgørelse af 13. november 2001, udtalt at det »ikke er tilstrækkeligt at anføre, at der er tale om kommissionshandel. Kommissionshandel er ikke en handelstype som anført i [bekendtgørelsens § 9]. Ved handelstype menes primært de handelstyper, der nævnes i vejledningen til bekendtgørelsen, dvs. børshandel, strakshandel og gennemsnitskurshandel. Andre handelstyper kan komme på tale, men det afgørende er, at beskrivelsen af disse har en sådan karakter, at kunden får et klart billede af, hvordan handelen er gennemført.«

Det må forventes, at de danske værdipapirhandlere i fremtiden får nedfældet entydige definitioner af de forskellige handelstyper. Målsætningen herom blev

⁸ Informationsbrevet er tilgængeligt på Finanstilsynets hjemmeside www.ftnet.dk

fremhævet eksplicit i rapporten »Børshandel for private investorer« (Juni 2001), der blev udarbejdet af en arbejdsgruppe nedsat af Københavns Fondsbørs A/S og Børsmæglerforeningen. Tankegangen er, at man herved kan fremme de private systemhandel og dermed indtjeningen hos værdipapirhandlerne.

4.2.3 Sanktioner ved manglende overholdelse

Efter bekendtgørelsens § 11 kan overtrædelse sanktioneres, hvis (i) der er tale om en enkeltstående overtrædelse, der kan karakteriseres som grov eller (ii) der er tale om gentagne overtrædelser, som samlet kan karakteriseres som grove. Sanktionen for manglende overholdelse er bødestraf.

Fondsrådet gennemførte i foråret 2002 en undersøgelse af, hvorvidt værdipapirhandlerne overholder bekendtgørelsens bestemmelser om oplysninger på de afregningsnotaer, der skal fremsendes til kunderne. Undersøgelsen skelnede mellem (i) fejl af grovere karakter og (ii) mindre fejl. Til fejl af grovere karakter henregnedes hovedsageligt de tilfælde, hvor værdipapirhandleren slet ikke oplyste noget om et forhold på notaen. Det drejede sig typisk om handelstype eller bedste bud/udbud.

Undersøgelsen viste, at 15 % af samtlige notaer var behæftet med fejl af grovere karakter. Ligeledes var andre 15 % behæftet med mindre fejl. En del af fejlene var så grove eller gentagne, at Fondsrådet besluttede at politianmelde fire værdipapirhandlerne. Fondsrådet gav endvidere påtale til to værdipapirhandlere, hvor fejlene var væsentlige. Fondsrådet fandt det endvidere nødvendigt at udstede et informationsbrev som supplement til Fondsrådets vejledning til bekendtgørelsen om god værdipapirhandelsskik.

Tilsidesætter værdipapirhandleren kravet om god forretningsskik, kan dette ligeledes alt efter omstændighederne medføre et civilretligt ugyldigheds- eller erstatningskrav. Kunden vil kunne kræve sig stillet, som hvis forskrifterne var overholdt, idet god skik-reglen i kombination med aftalelovens § 36 medfører, at kunden har krav på justering af handelsvilkårene, herunder særligt en urimelig pris.⁹

4.3 Forbrugerombudsmandens Retningslinier for god markedsføringsskik

Med virkning fra den 1. juli 2002 blev markedsføringsloven ændret således, at den kun finder anvendelse for finansielle virksomheder, såfremt Økonomi- og erhvervsministeren ikke har fastsat tilsvarende regler.

I skrivende stund arbejdes der på at færdiggøre sådanne tilsvarende regler i form af en ny »Bekendtgørelse om god værdipapirhandelsskik« udstedt af Økonomi- og erhvervsministeriet. Bekendtgørelsen forventes udstedt inden årsskiftet. Indtil den er udstedt af ministeriet, er Forbrugerombudsmandens retningslinier »God markedsføringsskik ved værdipapirhandel for almindelige, private investorer« dog stadig gældende. Som følge af, at Forbrugerombudsmandens regelsæt kun forventes at

⁹ Jf. også Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff; Værdipapirhandlerens loyalitetspligt - god skik og best execution ved handel med værdipapirer, U2001B361. I Sverige har man for nylig udgivet en betænkning om »Konsumentskydd vid finansiell rådgivning (SOU 2002:41). Betænkningen indeholder værdifulde bidrag til vurderingen af værdipapirhandlernes særlige pligter samt civilretlige ansvar.

»leve« kort tid endnu, skal dette ikke omtales. Blot skal det for god ordens skyld medtages, at regelsættet i visse sammenhænge har stillet den private investor bedre end efter Fondsrådets hidtidige bekendtgørelse om god værdipapirhandelsskik.

5. God værdipapirhandlerskik

5.1 Den finansielle virksomhedslov §§ 5, 6 og 15

Indtil den 1. juli 2002 fandtes reglerne om god værdipapirhandlerskik (forretnings-skik) i værdipapirhandelslovens §§ 5 og 6. Herefter overførtes reglerne til den finansielle virksomhedslovs §§ 3 a, 3 b og 15. I det store hele er der tale om ordrette gengivelser, hvilket betyder, at den tidligere praksis fra Fondsrådet stadig må tillægges betydning ved fortolkningen af de nye regler i den finansielle virksomhedslovs §§ 3 a og 3 b. I forhold til den finansielle virksomhedslovs § 15 er denne i det væsentligste identisk med den tidligere bestemmelse i værdipapirhandelslovens § 5, stk. 1, om værdipapirhandlerens organisation mv.

Bestemmelserne opstiller en række nærmere krav om god værdipapirhandlerskik, herunder om organisation, intern kontrol og kunderelationer. Nedenfor omtales kun de punkter, der har undergået en ændring som følge af lovændringen den 1. juli 2002. Det drejer sig om (i) konkrete kundeforhold samt (ii) kunders aktiver og midler.

5.1.1 Konkrete kundeforhold

For værdipapirhandlerne kan der opstå to pligter som følge af konkrete kundeforhold – krav om indhentning af oplysninger og meddelelsespligt.

Indtil den 1. juli 2002 indeholdt værdipapirhandelslovens § 5, stk. 3, nr. 3 et tredje krav vedrørende selve handelsafviklingen. Selvom dette ikke er overført til den finansielle virksomhedslov, gælder kravet stadig, blot på bekendtgørelsesniveau, jf. bekendtgørelsen om god værdipapirhandelsskik § 5, stk. 3.

5.1.2 Kunders aktiver og midler

Den finansielle virksomhedslovs § 3 b, stk. 1, indeholder to pinde, hvorefter det påhviler en værdipapirhandler (i) at træffe fyldestgørende foranstaltninger for at sikre kundernes ejendomsret til deres værdipapirer og (ii) at organisere og opbygge sin virksomhed på en sådan måde, at risikoen for interessekonflikter både mellem værdipapirhandlerens kunder indbyrdes og mellem kunderne og værdipapirhandleren begrænses mest muligt.¹⁰

Den tidligere bestemmelse i værdipapirhandelslovens § 6, stk. 1, indeholdt en ekstra pind – »at træffe fyldestgørende foranstaltninger for at sikre kundernes midler«. Bestemmelsen byggede på investeringsservicedirektivets artikel 10, 3. pind, som kun omfatter fondsmæglerselskaber. Da kravet allerede fremgår af § 14 a i fondsmæglerselskabsloven, valgte lovgiver ikke at medtage kravet i § 3 b, eftersom

¹⁰ Børsmæglerforeningen har med virkning fra den 1. juli 2002 udstedt »Anbefalinger til regulering af corporate finance- og aktieanalyseaktiviteter samt medarbejderhandel«. Regelsættet, der indeholder flere bestemmelser vedrørende interessekonflikter, er tilgængeligt på Børsmæglerforeningens hjemmeside www.dbmf.dk

den finansielle virksomhedslov gælder for alle værdipapirhandlere. Man fandt således ikke behov for at udstrække kravet ud over, hvad der kræves efter investeringsservicedirektivet.

5.1.3 Sanktioner ved manglende overholdelse

Ved overtrædelser af den finansielle virksomhedslovs §§ 3, 3 a og 3 b kan Finanstilsynet give påbud om berigtigelse af forholdet. Forbrugerombudsmanden er tillige berettiget til at anlægge sag om forbud og påbud, jf. den finansielle virksomhedslovs § 68. Overtrædelse af den finansielle virksomhedslovs § 15, stk. 1, straffes med bøde, jf. § 77, stk. 1.

5.2 Udkast til bekendtgørelsen om god forretningsskik

Den 3. september 2002 udstedte Finanstilsynet i samarbejde med Forbrugerstyrelsen et udkast til en bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder.¹¹ Bekendtgørelsen omfatter herved ikke kun værdipapirhandlere, men al finansiell virksomhed. Det brede anvendelsesområde har givet anledning til betydelig debat blandt de involverede brancheorganisationer, Forbrugerrådet samt Forbrugerombudsmanden.

Bekendtgørelsen er inddelt i fire stadier efter kundeforholdets livscyklus: (i) forinden kundeforholdet etableres, (ii) forinden kunden leveres en finansiell ydelse, (iii) det løbende kundeforhold og (iv) opsigelsen af en kundaftale.

(i) Forinden kundeforholdet etableres, pålægges værdipapirhandleren en oplysningspligt om følgende centrale momenter af betydning for kunden: ydelsen, omkostninger, gebyrer og andet vederlag, risici og en eventuel fortrydelsesret.

(ii) Når værdipapirhandleren konkret ønsker at levere en finansiell ydelse, skærpes oplysningspligten og handleren pålægges tillige en rådgivningspligt. Ved afslag på at levere en finansiell ydelse er værdipapirhandleren underlagt et skriftligheds- og begrundelseskrav.

(iii) I det løbende kundeforhold er værdipapirhandleren underlagt en opdaterings- og rapporteringspligt.

(iv) Slutteligt er en opsigelse af kundaftalen underlagt et skriftligheds- og begrundelseskrav.

5.3 CESR's regler om god værdipapirhandlerskik

CESR – The Committee of European Securities Regulators – har udstedt et forslag til harmoniserede regler for god værdipapirhandlerskik i EU-landene; »Standards and rules for harmonizing core conduct of business rules for investor protection – 2001«.¹² Regelsættet må forventes at få en ikke ubetydelig afsmitning på fremtidige (harmoniserings)tiltag. Der er kun tale om et forslag, som derfor ikke endnu skal efterleves af værdipapirhandlerne.

¹¹ Udkastet er tilgængeligt på Finanstilsynets hjemmeside www.ftnet.dk

¹² Udkastet er tilgængeligt på CESR's hjemmeside www.europefesco.org

Regelsættet sonderer overordnet mellem god forretningsskik i forhold til private og professionelle investorer. Metoden er at definere, hvilke enheder der kan betragtes som professionelle. Man må derfor slutte modsætningsvist i forhold til afgrænsningen af begrebet private investorer.

Som professionelle investorer anses juridiske personer, som er underlagt autorisation, førend de kan operere i kapitalmarkedet. Som sådanne forstås eksempelvis kreditinstitutter, investeringsselskaber, andre autoriserede eller regulerede finansielle institutioner, forsikringsselskaber, pensionsfonde osv., jf. regelsættets Annexe 1. Også andre kan være professionelle efter forslaget definition – herunder store virksomheder samt institutionelle investorer, hvis formål er at investere i finansielle instrumenter.

Forslagets krav til god værdipapirhandlerskik er overordnet inddelt i fem principper/punkter; (i) generelle principper, (ii) underretningspligtens indhold, (iii) »know your customer«-kravet, (iv) skriftlighedskravet og (v) generelle krav til kunderelationer. Er der tale om porteføljemanagement, indeholder regelsættet nogle yderligere krav.

Regelsættet regulerer i det store hele det samme område som de danske regelsæt. Selv om der blot er tale om et forslag, er der værdifulde eksemplifikationer og interessante vinkler at hente ved at sætte sig ind i regelsættet. Hertil kommer, at det må forventes at have en vis afsmittende effekt på den fremtidige regulering, herunder på det kommende investeringsservicedirektiv.

5.4 Børsmæglerforeningens Anbefalinger til regulering af corporate finance- og aktieanalyseaktiviteter samt medarbejderhandel

Formentlig ansporet af den intensive debat, der har været ført efter Enron og WorldCom mv. har Børsmæglerforeningen per 1. juli 2002 udstedt et nyt regelsæt – »Anbefalinger til regulering af corporate finance- og aktieanalyseaktiviteter samt medarbejderhandel«. Anbefalingerne er inddelt i tre hovedområder – (i) Chinese Walls, (ii) Aktieanalyser og (iii) Medarbejderhandel. Med indførelsen af regelsættet er Børsmæglerforeningen med til selv at påvirke standarden for god værdipapirhandlerskik. Særligt hovedområderne aktieanalyse og medarbejderhandel er interessante derved, at de indeholder adskillige retningslinier vedrørende interessekonflikter. Anbefalingerne varierer fra forskrifter om interne retningslinier til disclosure og anbefalinger om at afstå fra at handle.¹³

¹³ Regelsættet er tilgængeligt på Børsmæglerforeningens hjemmeside www.dbmf.dk. Anbefalingerne beskrives indgående af *Dan Moalem*; *Investeringssbankers corporate finance- og analyseaktiviteter*, i nærværende publikation. Tilsvarende regler er udstedt af både det norske Fondsmæglerforbund (www.nfmf.no) og af den Svenska Fondhandlare Föreningen (www.fondhandlarna.se).

5.5 Københavns Fondsbørs' Børsetiske regler

De værdipapirhandlere, der er medlem af Københavns Fondsbørs A/S,¹⁴ skal i deres virke også overholde de børsetiske regler. Dette regelsæt indeholder i §§ 2 og 3 nogle nærmere regler for god værdipapirhandlerskik.

I § 2 fastlægges, at medlemmerne har et særligt ansvar for opfyldelsen af reglerne om god værdipapirhandlerskik, og at de altid skal handle loyalt og korrekt i deres kunders bedste interesse og under hensyn til markedets integritet.

Vedrørende rådgivning bestemmer § 3, stk. 1, at denne skal leve op til sædvanlig god, faglig standard og udelukkende må tilgodese kundens interesse.

Endelig fastsættes i § 3, stk. 2, en vejledningspligt vedrørende den anvendte handelstype. Der er tale om en standardisering af betegnelserne for (i) børshandel, (ii) auktionskurshandel, (iii) strakshandel og (iv) gennemsnitskurshandel.

5.6 Dansk AMP's Etiske regler

Dansk AMP's Etiske regler¹⁵ indeholder i afsnit H3 nærmere krav til god værdipapirhandlerskik i form af rådgivning af kunden. Rådgivningskravet falder i tre led – (i) interessekonflikter, (ii) den konkrete transaktion og (iii) rådgivning af private investorer.

Vedrørende interessekonflikter bestemmes det, at værdipapirhandleren i sin rådgivning skal søge at undgå sådanne, samt at handleren aldrig må anbefale køb/salg med egen indtjening for øje.

Ved den konkrete transaktion pålægges det værdipapirhandleren at være opmærksom på kundens kendskab til AMP's særlige status og funktion.

Ved rådgivning af private investorer skærpes denne dilligenspligt, idet det her kræves, at værdipapirhandleren konkret sikrer sig kundens kendskab til AMP-selskabernes særlige karakteristika samt AMP's specielle status og funktion.

5.7 Forslaget til det nye investeringsservicedirektiv

EU-reguleringen af investeringsservice går tilbage til vedtagelsen af den såkaldte »Code of Conduct« i 1977.¹⁶ »Code of Conduct« regelsættet havde imidlertid karakter af ikke-bindende anbefalinger, hvorfor den reelle retlige værdi var beskeden. Med vedtagelsen af investeringsservicedirektivet¹⁷ i 1993 foretoges et reguleringsmæssigt kvantespring, idet der herved etableredes en fællesskabsretlig platform for udøvelsen af investeringsservice inden for EU.¹⁸

¹⁴ De 23 medlemmer af Børsmæglerforeningen er også medlemmer af Københavns Fondsbørs A/S.

¹⁵ Regelsættet er tilgængeligt på Dansk AMP's hjemmeside www.danskamp.dk.

¹⁶ Se Kommissionsanbefalingen (77/534/EØF) – »A European Code of Conduct Relating to Transactions in Transferable Securities«.

¹⁷ Investeringsservicedirektivet (93/22/EØF).

¹⁸ For en instruktiv behandling af det EU-retlige investeringsserviceregime, se *Niamh Moloney*; (fortsættes...)

Med afsæt i Lamfalussy-rapportens¹⁹ kritik af den hidtidige regulering er der nu blevet iværksat tiltag for at implementere et revideret investeringsservicedirektiv. Som et led i processen har EU-kommissionen senest den 25. marts 2002 udstedt et konsultationspapir med en udførlig gennemgang af det fremtidige direktivs potentielle indhold. På baggrund heraf fremsattes i november 2002 et første forslag til det nye direktiv²⁰

I forhold til det nuværende direktiv har Kommissionen koncentreret sig om fire fokusområder:

- (I) ISD-passet
- (II) Nye serviceudbydere
- (III) Effektiv konkurrence mellem markedspladser og handelsplatforme
- (IV) Grænseoverskridende clearing og afvikling.

Vedrørende god skik-reglerne i det nugældende direktiv må det, med baggrund i Kommissionens direktivforslag, forventes, at ISD's anvendelsesområde udvides til også at omfatte rådgivningsdelen, at best execution-kravene strammes op, at der indføres strengere krav vedrørende håndteringen af interessekonflikter samt at der indføres en definition af den professionelle investor af betydning for reguleringens materielle indhold.

6. Best execution

6.1 Bekendtgørelsen om god værdipapirhandelsskik

Bekendtgørelsen om god værdipapirhandelsskik indeholder i kapitel 2-4 nærmere vilkår for handlers udførelse – best execution. Hovedbestemmelsen er § 3, stk. 1, hvorefter værdipapirhandleren skal sikre den efter omstændighederne, herunder tid og mængde, bedst mulige pris samt bedste betingelser i øvrigt for sine kunder. Vilkårene skal beskrives i værdipapirhandlerens almindelige forretningsbetingelser, jf. § 4, som skal udleveres og på foranledning gennemgås med kunden. Bestemmelserne i kapitel 3 og 4 vedrører nærmere afregningsregler alt efter, om værdipapiret er optaget til notering på en fondsbørs, er optaget til handel på en autoriseret markedsplads eller slet ikke er optaget til notering/handel.

¹⁸ (...fortsat)

EC Securities Regulation, 2002, kapitel VI-X. Kapitalkravsdirektivet (93/6/EF) supplerer ISD ved at fastlægge minimumskrav til kapitalen i de selskaber, der ønskede at drive virksomhed med investeringsservice. Sidenhen er ligeledes investorkompensationsdirektivet (97/9/EF) indført som en ekstra beskyttelse.

¹⁹ Se Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets, February 2001.
Rapporten er tilgængelig på Kommissionens hjemmeside www.europa.eu.int/comm.

²⁰ Se Kommissionens dokument (IP/02/464). Konsultationspapiret er tilgængeligt på Kommissionens hjemmeside www.europa.eu.int/comm.

6.2 Københavns Fondsbørs' Børsetiske regler

De børsetiske regler udstedt af Københavns Fondsbørs A/S indeholder i realiteten ikke væsentlige yderligere forpligtelser end dem, der allerede følger af værdipapirhandelsloven, den finansielle virksomhedslov samt bekendtgørelsen om god værdipapirhandelsskik. Den selvstændige værdi heraf er derfor snarere en præcisering i enkelte tilfælde og bør desuden ses som en »statement« fra Fondsbørsens side – »fondsbørsen lægger vægt på et redeligt, ligeligt og gennemsommeligt marked«, jf. også regelsættets § 1.

I regelsættets § 6, stk. 1, afgrænses anvendelsesområdet afhængigt af handlernes størrelse. Denne afgrænsning er forskellig fra bekendtgørelsen om god værdipapirhandelsskik § 2, stk. 2. I realiteten er der kun uoverensstemmelse vedrørende aktiehandel. Bekendtgørelsen finder anvendelse på handler op til 400.000 kr. per handel. De børsetiske regler finder derimod kun anvendelse på handler med maksimalt 250 handelsposter per handel. Fondsrådet afsagde den 8. august 2002 en principiel afgørelse om betydningen af netop denne forskel.²¹

En værdipapirhandler rettede en forespørgsel om, hvilken beløbsgrænse der gjaldt vedrørende handel med børsnoterede værdipapirer. Spørgsmålet lød, hvorvidt oplysningsforpligtelsen vedrørende *afregningsnotaens indhold* i bekendtgørelsens kapitel 5 skal afgøres efter bekendtgørelsens beløbsgrænser eller efter handelspostgrænsen i de børsetiske regler. Spørgsmålet dækker over en uheldig misforståelse fra værdipapirhandlerens side.

Bekendtgørelsens beløbsgrænse er bestemmende for, om følgende krav skal overholdes: (i) udlevering af almindelige forretningsbetingelser, (ii) afregningsvilkårene og (iii) afregningsnotaens indhold.

De børsetiske reglers handelspostgrænse i regelsættets § 6, stk. 1, er derimod udelukkende bestemmende for afregningsvilkårene efter regelsættets § 6, stk. 2-4 (og altså ikke for afregningsnotaens indhold).

Når værdipapirhandleren derfor spørger, om beløbsgrænsen i de børsetiske regler skal anvendes i stedet for bekendtgørelsens handelspostgrænse, er dette ækvivalent med spørgsmålet, om årsregnskabsloven har betydning for, om der er indgået en aftale efter aftaleloven. Det har årsregnskabsloven selvfølgelig ikke, og handelspostgrænsen i de børsetiske regler vedrørende afregningsvilkårene har ligeledes ikke betydning for bekendtgørelsens beløbsgrænse vedrørende afregningsnotaens indhold.

Fondsrådet udtalte da også diplomatisk, »at det af bekendtgørelsens § 2, stk. 2, fremgår at §§ 4-0 – dvs. herunder bestemmelserne om afregningsnotaernes indhold – finder anvendelse på handel med værdipapirer op til de i stk. 2 fastsatte beløbsgrænser. Det er således *alene* de i § 2, stk. 2, fastsatte beløbsgrænser samt fradrag/tilvalg i henhold til § 2, stk. 4 og 5, der afgør, hvornår kapitel 5 finder anvendelse.«

I § 6, stk. 4, fastlægges det sammenligningsgrundlag, som skal anvendes ved afregningen. Aktier skal relateres til SAXESS' danske delmarked for danske aktier. Obligationer skal relateres til SAXESS' ordinære delmarked for renteinstrumenter.

²¹ Afgørelsen er tilgængelig på Finanstilsynets hjemmeside www.ftnet.dk.

Ved bestemmelsen af det bedste bud/udbud i SAXESS medgår alene ordrer større end eller lig én handelspost. Derivater skal relateres til det relevante delmarked i handelssystemet CLICK.

I § 7 indeholdes det generelle krav om, at medlemmerne skal overholde såvel anerkendte danske som internationale branchekutymmer. Sådanne kutymmer fastsættes af blandt andre Børsmæglerforeningen og IOSCO (International Organization of Securities Commissions).

6.3 Dansk AMP's Etiske regler

Dansk AMP's Etiske regler indeholder i afsnit H2 en best execution-bestemmelse, hvorefter al handel skal udføres via markedspladsens handelssystemer. Vedrørende afregningen over for kunden bestemmes det, at denne skal ske til markedskurs alene med tillæg eller fradrag af (i) handelsomkostninger til markedspladsen, (ii) værdipapirhandlerens kurtage samt (iii) eventuelle skatter/afgifter.

6.4 Børsmæglerforeningens Kollegiale regler

Den Danske Børsmæglerforening består per 15. oktober 2002 af 23 medlemmer. Disse 23 værdipapirhandlere har i kraft af deres medlemskab af foreningen underlagt sig et yderligere regelsæt – »Kollegiale regler for medlemmer af Børsmæglerforeningen«. Regelsættet gælder for alle foreningens medlemmer i deres virke som værdipapirhandlere og medlemmer af Københavns Fondsbørs A/S eller andre danske fondsbørser (p.t. er der ikke andre).

Regelsættet indeholder i punkt 5 en regel af betydning for relationen værdipapirhandler – investor. Medlemmet (i) må ikke handle på åbenlyst fejlagtige vilkår, (ii) skal under en børspause eller et systemnedbrud på Københavns Fondsbørs sikre sig, at investoren er bekendt hermed, og (iii) skal medvirke til, at andre medlemmer ikke bliver stillet over for unødige forsinkelser i forbindelse med afviklingen af handel med danske og udenlandske værdipapirer samt medvirke til at begrænse og afhjælpe forsinkelser i afviklingen af handel.

Manglende overholdelse af regelsættet kan sanktioneres ved, (i) indskærpelse og præcisering af reglernes indhold og rækkevidde, (ii) påtale, (iii) pålæg om ophør, (iv) bod, der som maksimum kan udgøre et årskontingent og (v) eksklusion af foreningen.

7. Afrunding

Som det vil være fremgået af artiklen, er værdipapirhandlerne i dag underlagt en ikke ubetydelig regulering af deres organisation, adfærd og kunderelationer. God skik-reglerne er blevet udviklet i en sådan grad, at der ikke blot er tale om generelle rammer, men derimod specifikke og krævende regler, som fordrer en professionel indstilling hos handlerne. Denne udvikling må forventes at fortsætte i de kommende år, særligt når henses til den øgede EU-harmonisering. Samtidig viser Fondsrådets undersøgelse i foråret 2002 og udstedelsen af informationsbrevet, at en mindre del af værdipapirhandlerne stadig ikke udviser en saglig og professionel indstilling til deres rolle i et velfungerende værdipapirmarked. Én ting synes dog sikkert – udviklingen bevæger sig generelt i retning af øget investorbeskyttelse. Det er dog

samtidigt vigtigt, at værdipapirhandlerne sikres ordentlige retlige rammer at fungere under. Disse regler bør ikke være en spændetrøje for markedsudviklingen, men i stedet være en katalysator for et mere likvidt, gennemskueligt og tillidsvækkende værdipapirmarked. I den sammenhæng må de seneste oprydningstiltag samt kommende revisionstiltag hilses velkommen.

Det new zealandske eksperiment Strukturel forandring i elforsyningssektoren

af

Bent Ole Gram Mortensen

Indtil midt 1980'erne var den new zealandske økonomi præget af en endog meget indgribende erhvervsregulering. Reguleringen, der omfattede bl.a. priskontrol, importbegrænsninger, eksportstøtte og mere generel markedsregulering, var et levn fra 1930'ernes depression, hvor man ønskede at beskytte den lokale industri mod udenlandsk konkurrence. Samtidig var den offentlige involvering i bl.a. transport- og forsyningssektorerne udbredt. Det offentlige ejerskab omfattede bl.a. elforsyningssektoren. Med tiltrædelsen af en Labour-regering i juli 1984 begyndte en omfattende de- og afregulering af erhvervslivet. Samtidig blev der gennemført en løsrivelse af statsejede virksomheder, herunder inden for energisektorerne, fra det politiske rum. Dette skete f.eks. ved at føre virksomhederne over i privatretlige selskabskonstruktioner med begrænset ansvar reguleret af selskabslovgivningen (the Companies Act).¹ Processen er generelt blevet beskrevet som *corporatization*. Begrundelsen for denne regulerings- og strukturændring var en antagelse af, at de traditionelt anvendte strukturer hindrede en effektiv allokering og udnyttelse af ressourcer, og at omfattende strukturændringer, herunder *konkurrenceudsætning* og eventuelle *privatiseringer*, var nødvendige for at forbedre situationen.²

Reguleringsreformen af elforsyningssektoren har i lighed med den øvrige new zealandske erhvervsregulering søgt at indføre det, der kan betegnes som *light-handed* regulering. Dette er opnået gennem en række reformer, der overordnet er gået ud på at erstatte de hidtidige offentligretlige virkemidler med markeds-mæssig konkurrence og gennemsigtighed. I det omfang regulering var nødvendig, blev selvregulering, hvor det var muligt, foretrukket frem for offentlig normering. På sin

¹ De refererede love kan findes via en database (GP Legislation) på internetadressen: <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/actlists.html>.

² Processen er beskrevet og kritiseret i bl.a. *Ian Duncan & Alan Bollard: Corporatization & Privatization*, Oxford University Press 1992 (*Duncan & Bollard* 1992); Jonathan Boston (red.): *The State Under Contract*, Bridget Williams Books Ltd. 1995; *J.G. Culy, E.G. Read og B.D. Wright: The Evolution of New Zealand's Electricity Supply Structure*, NZ Institute of Economic Research, Wellington 1995 og *Jane Kelsey: The New Zealand experiment*, Auckland University Press, 1995 (*Kelsey* 1995). Artiklens titel er taget fra sidstnævnte bog.

vis kan det new zealandske eksperiment siges at være et ekstremt udslag af de tanker om deregulering, som bl.a. Chicago-økonomer her stået for.³

Reformeringen af de new zealandske energisektorer synes i høj grad at være en proces, der endnu ikke er afsluttet. Det gælder i høj grad fastlæggelsen af omfanget af nødvendig offentligretlig regulering under en light-handed regulering. På det seneste har en ministeriel undersøgelse⁴ vedrørende reguleringen af den new zealandske elforsyning således givet anledning til en række ændringer.

Formålet med denne artikel er at redegøre for de ændringer, som reformprocessen har medført for den new zealandske elforsyningssektor og at analysere de reguleringsmæssige resultater heraf.

1. Forsyningsmæssig baggrund

New Zealand består geografisk af to store og et antal mindre øer på tilsammen godt 270.000 km². De to største øer er transmissionsmæssigt forbundne. Med 2.250 km til nærmeste større landmasse (Australien) er import og eksport af elektricitet udelukket. Befolkningens størrelse på kun 3,8 mill. giver elmarkedet et begrænset omfang. Årsproduktionen er på godt 37.000 GWh.⁵ Den største kilde til elproduktion er vandkraft (61,9 %). Endvidere benyttes naturgas (24,8 %) og geotermisk energi (6,3 %). Den resterende del udgøres af kul, vind, affaldsforbrænding og biomasse.⁶ Hovedforbruget ligger på nordøen med lange transmissionslinier fra de store vandkraftværker på sydøen.

2. Elforsyningssektorens ejerskab

Historisk har den New Zealandske elproduktions- og transmissionssektor været statsejet og administreret som en forvaltningsafdeling i energiministeriet.⁷ Den new zealandske stat gik ind i sektoren allerede fra slutningen af 1800-tallet for at sikre kontrol med vandrettighederne i forbindelse med etablering af vandkraftværker. På

³ Se nærmere i A.E. Bollard & M. Pickford: New Zealand's »Light-Handed« Approach to Utility Regulation Agenda: A Journal of Policy Analysis and Reform, vol. 2, Canberra 1995 (Bollard & Pickford 1995), s. 411-22, G.J. Stigler: The theory of economic regulation, Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 2, 1971, p. 2-21 og Harold Demsetz: Why Regulate Utilities, Journal of Law and Economics 11 (1968), p. 55-65.

⁴ Ministry of Economic Development of New Zealand: Inquiry into the Electricity Industry, juni 2000 (Inquiry 2000).

⁵ Den tilsvarende danske elproduktion (2000) er på 125 PJ = 34.722 GWh., hvortil kommer en nettoimport på 2 PJ = 556 GWh (kilde: <http://www.ens.dk>).

⁶ Tallene stammer fra marts 2000. Se Barry Barton: New Zealand (2001) i Energy Law, Kluwer Law International (Barton 2001).

⁷ The New Zealand Electricity Department, en del af the Ministry of Energy. For en generel indføring i elforsynings historie i New Zealand, se John E. Martin (red.): People, Politics and Power Stations, 2. udg. 1998.

daværende tidspunkt havde private og kommunale interesser forestået den første lokale etablering af elforsyning.⁸

New Zealands elforsyning blev før reformerne i 1980'erne og 90'erne varetaget af en horisontalt og vertikalt integreret blok bestående af produktion, transmission og engroshandel. Reformeringen af den new zealandske elforsyningssektor blev påbegyndt som en strukturændring i 1987, hvor statens ejerskab til hovedparten af elproduktions- og transmissionskapaciteten i forbindelse med ovennævnte *corporatization* overgik til et statsejet selskab (the Electricity Corporation of New Zealand Ltd. – ECNZ). Restruktureringen skete på baggrund af State-Owned Enterprises Act 1986. Denne forudsætter, at de statsejede virksomheder er *successful* virksomheder, hvormed menes, at de er gode arbejdsgivere, er socialt ansvarlige overfor det samfund, de fungerer i, og at de er lige så profitable og effektive som sammenlignelige virksomheder, der ikke er ejet af staten.⁹ Disse virksomheder er organiseret i privatretlige enheder med staten som ene-ejer. De ledes af en bestyrelse, der er ansvarlig over for finansministeren og ressortministeren. Statens ejermæssige indflydelse sikres gennem en Statement of Corporate Intent udstedt i henhold til the State-Owned Enterprises Act 1986.¹⁰

En del af ECNZ svarende til 26 % af produktionskapaciteten blev i 1995 udskilt i et konkurrerende, men ligeledes statsejet selskab, Contact Energy Ltd. I 1998 blev det resterende ECNZ opdelt i tre statsejede selskaber med hver mellem 12 og 27 % af produktionskapaciteten.¹¹ Contact Energy Ltd. blev privatiseret i maj 1999. Edison Mission Energy¹² har nu kontrol over 51 % af aktierne, mens de øvrige ejes af private og institutionelle investorer. Den opsplitning, der skete af ECNZ, har været kritiseret for ikke at sprede kraftværksselskabers interesser geografisk og teknologisk. Et enkelt selskab har således udelukkende vandkraftværker på sydøen, mens andre slet ikke har sådanne anlæg. En bedre fordeling ville kunne have reduceret den samlede risiko, som producenterne påtager sig ved indgåelse af længerevarende leveringskontrakter. Risikoen relaterer sig især til vandmangel.¹³

⁸ Barton 2001, s. 23 f.

⁹ State-Owned Enterprises Act 1986, sektion 4.

¹⁰ Restruktureringen omfattede foruden elektricitet også statens interesser i skovbrug, bank-, tele- og postvæsen, luftfart samt kul. Se Kelsey 1995, s. 118 samt Bryan Gundersen: Energy i The Laws of New Zealand, Butterworths 1995 (Gundersen 1995), s. 73 ff. Mange andre sektorer blev udsat for en vis afregulering.

¹¹ Selskaberne Genesis Power Ltd, Meridian Energy Ltd og Mighty River Power Ltd. Opsplitningen var hjemlet i the Electricity Industry Reform Act 1998. Barton 2001, s. 52.

¹² En del af Edison-koncernen, der har interesser i elproduktion primært i USA, Europa, New Zealand, Australien og Asien.

¹³ Se John Small: Hedge Markets for Electric Power in New Zealand, 2002 (Small 2002), s. 6. Findes på <http://www.med.govt.nz/ers/electric/hedgemarkets/hedgemarkets.pdf>.

I 1998 blev det fastslået ved The Electricity Industry Reform Act 1998, at distributionsnettet skulle have et andet ejerskab end elhandlere og -producenter (*ejermæssig unbundling*).

Med unbundling menes adskillelse af forskellige led i en værdikæde. Eksempelvis kan man adskille elhandel og elproduktion (konkurrenceudsætbare funktioner) fra transmission og distribution (monopolvirksomhed). Ud over ejermæssig unbundling, der er det mest ekstreme krav, kan man også anvende organisatorisk, ledelsesmæssig eller regnskabsmæssig unbundling. I New Zealand forblev andre netværkssektorer som telekommunikation og naturgasforsyning uadskilte og blev senere privatiseret.

Dermed søgtes de naturlige monopoldele¹⁴ separeret fra konkurrenceudsatte dele af sektoren. Formålet var at hindre misbrug af monopolstillinger ved f.eks. at benytte krydssubsidiering fra monopolsektorer til konkurrenceudsatte sektorer.¹⁵

Transmissionsnettet var allerede blevet udskilt i 1994 i et særskilt statsejet selskab (Transpower New Zealand Ltd). Der er ikke sket opsplitning heraf i flere selskaber. Som sådant er dette selskab i lighed med andre »State-Owned Enterprises« underlagt krav om at optræde som en succesfuld virksomhed, herunder med et passende overskud.

I 1992 varetog 44 lokale geografiske monopoler distributionen inklusive detailhandlen. Disse »Electricity Supply Authorities« blev som led i den almindelige korporatisering ved Energy Companies Act 1992 tvunget over i selvstændige juridiske enheder. Samtidig skulle der tages stilling til ejerskabet, der ikke altid var lige klart. Dette overlod lovgiver til de lokale virksomheder selv at fastlægge, dog med krav om ministeriel godkendelse.¹⁶ Dette resulterede i forskellige ejermæssige konstruktioner. En hyppigt forekommende konstruktion er anvendelsen af en trust,¹⁷ der varetager ejerskabet til fordel for de indirekte ejere (beneficiaries), i reglen elforbrugerne eller en kommune. Kommunalt direkte ejerskab er også hyppigt forekommende. I forbindelse med Electricity Industry Reform Act 1998 måtte de hidtidige distributionsvirksomheder adskille detailhandelsdelen og netvirksom-

¹⁴ Dele af elforsyningssektorerne antages at udgøre såkaldte *naturlige monopoler*. Herved forstås, at udgifterne til den nødvendige infrastruktur for distribution af bl.a. elektricitet er af en sådan størrelse, at det på grund af stordriftsfordele kun er omkostningseffektivt at have ét sæt installationer, gennem hvilket opgaven kan udføres.

¹⁵ Før adskillelsen var der mistanke om, at elhandelsomkostninger blev overført til netdelen. Se International Energy Agency: *Energy Policies of IEA Countries – New Zealand 1997 Review*, s. 73, hvortil der henvises i *Barton 2001*, s. 67. Adskillelsen er generelt beskrevet i *Barton 2001*, s. 68-72.

¹⁶ *Barton 2001*, s. 60.

¹⁷ Trusts er privatretlige juridiske personer etableret under en såkaldt »trust deed« og reguleret af Trustee Act 1956. Der er endnu ingen af disse trusts, der er overgået til privat ejerskab. Trustbegrebet kendes ikke i dansk ret. For en kort indføring i trustbegrebet generelt, se *Ole Lando i Juristen 1985*.137 ff. En bredere fremstilling findes i *Rasmus Kristian Feldthusen: Trusts*, Forlaget Thomson 2002.

heden.¹⁸ De fleste virksomheder valgte at fortsætte som netvirksomheder, mens handelsdelen i vidt omfang blev opkøbt af elproducenterne.¹⁹ Der er for tiden 30 netvirksomheder i New Zealand.²⁰

3. Den aktuelle regulering

En stor del af de reguleringsmæssige forandringer for elforsyningssektoren blev indført pr. 01.01.1988 via Electricity Amendment Act 1987. Bl.a. blev begrænsninger i retten til at producere elektricitet og monopolet på at levere til distributionsvirksomhederne ophævet.

Retten til at udnytte vandkraft og geotermiske ressourcer tilhører dog stadig det offentlige og er placeret hos regionale råd i henhold til the Resource Management Act 1991. Statens eneret til geotermisk energi blev allerede fastslået ved Geothermal Energy Act 1953, der senere blev indbygget i the Resource Management Act 1991.

Reformerne fra 1987 blev fulgt op med vedtagelsen af Energy Act 1992. Ved denne lov blev der i elforsyningssektoren indført tre basale reguleringsmæssige elementer:²¹

- Elforsyningssektoren skulle i lighed med alle andre sektorer være underlagt den *almindelige konkurrenceretlige lovgivning* - Commerce Act 1986. Lovens virkningsfelt omfatter nu stort set al handel (»in trade«), hvad enten aktiviteten udføres af private eller offentlige aktører.
- Krav om *gennemsigtighed*, herunder offentliggørelse af visse økonomiske oplysninger for naturlige monopoler, blev indført.
- Den *politiske trussel* om yderligere regulering skulle fungere som adfærdsregulator. En række bemyndigelser er givet generalguvernøren til at udstede sådanne, men disse er ikke blevet benyttet.

I kraft af de generelle konkurrenceretlige bestemmelser i Commerce Act 1986 er elforsyningssektoren underlagt et forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler (Practices Substantially Lessening Competition – sektion 27-29) og misbrug af dominerende stilling (Use of Dominant Position in a Market – sektion 36). Der er endvidere givet generalguvernøren hjemmel til indførelse af priskontrolmekanismer (sektion 52-57, spec. sektion 53). Disse synes dog ikke at have fundet anvendelse hverken på energisektoren

¹⁸ De tidligere distributionsvirksomheder havde monopolrettigheder til deres område (et franchise-system). Disse blev fjernet med the Electricity Act 1992. Lovændringen pålagde de eksisterende distributionsvirksomheder eller deres efterfølgere at fortsætte vedligeholdelsen af distributionsnettet indtil 2013, i den udstrækning de leverede pr. 01.04.1993. Se *Inquiry* 2000, s. 4 f.

¹⁹ *Barton* 2001, s. 49 og 62.

²⁰ Tallene stammer fra maj 2000. *Inquiry* 2000, s. 13. Der var 61 distributionsvirksomheder i 1986. *Barton* 2001, s. 60.

²¹ *Barton* 2001, s. 48.

eller på nogen sektor overhovedet.²² I 2001 blev der tilføjet nye bestemmelser til Commerce Act 1986 (sektion 57M-57Q) og til Electricity Act 1992 (sektion 172D), der gav generalguvernøren (i praksis ministerkabinetet) bemyndigelse til at indføre kvalitetsstandards og prissætningsprincipper eller at godkende samme. Denne bemyndigelse er dog heller ikke aktuelt udnyttet.

3.1 Offentlige myndigheder

Elforsyningsområdet henhører sammen med resten af energiområdet under Ministry of Economic Development's ressortområde. Ministeriets opgaver varetages af en *Secretary*.²³ Derudover har der ikke eksisteret nogen speciel myndighed på elforsyningsområdet. Ressortministeriet fastsætter sin politik gennem et såkaldt Government Policy Statement. For elforsyningsområdet stammer det seneste fra februar 2002 med supplement fra juli 2002.²⁴ I dette dokument fastslår regeringen sine overordnede ønsker. Dette har naturligvis en vis effekt på de statsejede elforsyningsvirksomheder. I transmissionsvirksomhedens vedtægter (Statement of Corporate Intent) er det således direkte anført, at dens prissætningspolitik skal være i overensstemmelse med Government Policy Statement. Derudover indikerer dette Statement også, under hvilke omstændigheder regeringen vil gøre alvor af sin trussel om indførelse af offentligretlig regulering.

Den almindelige konkurrencemyndighed (Commerce Commission) synes at ville øve en stigende indflydelse på sektoren.²⁵ Ved en ændring i 2001 af Commerce Act 1986²⁶ indsattes et kapitel, der gav the Commerce Commission særlige beføjelser i forhold til »electricity lines business«. Sektion 57E angiver formålet hermed:

»The purpose of this subpart is to promote the efficient operation of markets directly related to electricity distribution and transmission services through targeted control for the long-term benefit of consumers by ensuring that suppliers:

- (a) are limited in their ability to extract excessive profits; and
- (b) face strong incentives to improve efficiency and provide services at a quality that reflects consumer demands; and
- (c) share the benefits of efficiency gains with consumers, including through lower prices«.

Mere generelle beføjelser findes i sektion 52-57 i the Commerce Act 1986. Disse bestemmelser omfatter også elhandel og -produktion. Både de generelle og de specielle beføjelser giver mulighed for forskellige former for priskontrol af særdeles

²² Barton 2001, s. 72.

²³ Se herom i lovens § 5-21. Hovedopgaverne for denne »Secretary« er primært overvågning af overholdelsen af elforsyningslovgivningen, herunder elsikkerhedsmæssige aspekter. Ministeriet hed før år 2000 Ministry of Commerce. Der eksisterer en separat energiminister, hvis opgaver udføres gennem Ministry of Economic Development. Opgaverne er tillige beskrevet i Gundersen 1995, s. 105-10.

²⁴ Kan findes på <http://www.med.govt.nz/ers/electric.html>.

²⁵ Senest har denne kommission udgivet et diskussionsoplæg: Regulation of Electricity Line Businesses, 21.03.2002 (Commerce Commission 2002). Dette diskuteres nedenfor. Oplægget findes på hjemmesiden <http://www.comcom.govt.nz/>.

²⁶ Commerce Amendment Act (No 2) 2001.

indgribende karakter. De generelle beføjelser vil dog formentlig ikke blive anvendt set i lyset af de mere specielle beføjelser, der kun vedrører transmission- og distributionsnettet. Ligeledes er der givet Commerce Commission myndighedsbeføjelser under Fair Trading Act 1986. Denne lov indeholder generelle bestemmelser vedrørende bl.a. vildledende markedsføring, produktsikkerhed, forbrugerinformation og forbud mod »pyramidehandelsmetoder«. Beføjelserne herunder er dog væsentlig mindre indgribende end dem, der følger af Commerce Act.

3.2 Elproduktion og -handel

Etablering af elproduktionsfaciliteter er ikke underlagt nogen sektorregulering. Tidligere krav om tilladelse fra ressortministeren i forbindelse med etablering af vandkraftværker mv. blev fjernet med Electricity Amendment Act 1987.²⁷ Kun i forhold til planlovgivningen under Ressource Management Act 1991 vil der være krav om overholdelse af lokalplaner samt om visse bemyndigelser til lokale myndigheder. Ressource Management Act 1991 omfatter adgangen til at benytte vand såvel i form af overfladevand (vandkraftværker) som varmt vand fra undergrunden (geotermi).²⁸ Anvendelse af vandløb i forbindelse med vandkraftværker og udnyttelse af geotermi er underlagt et tilladelseskraav fra regionale myndigheder (water permits). Med Electricity Amendment Act 1987 blev statens monopol på at eje vandkraftværket og på salg af elektricitet til distributionsvirksomhederne ophævet.

Priskontrol på engros- og detailhandelsmarkedet blev ophævet med Electricity Supply Act 1992. Den primære prisreguleringsmekanisme er nu, bortset fra konkurrence, gennemsigtighed. Denne blev først gennemført i 1994 i form af Electricity (Information Disclosure) Regulation 1994 udstedt med hjemmel i Electricity Act 1992. Denne lovs sektion 170 og 171 giver generalguvenøren mulighed for at afkræve forskellige oplysninger om bl.a. overskud og salgspriser fra producenter med en kapacitet på over 10 MW, eldetailhandlere samt distributions- og transmissionsnetejere. I henhold til the Electricity (Information Disclosure) Regulation 1994 skal visse elforsyningsvirksomheder offentliggøre deres prissætningsmetoder mv., herunder:

- »separate audited financial statements for monopolies and potentially competitive businesses;
- prices and other main terms and conditions of contracts;
- financial performance measures based on standard asset values;
- efficiency and reliability performance measures;
- costs and revenues by tariff category; and
- line charges and the methodologies for calculating them«.

²⁷ Gundersen 1995, s. 104.

²⁸ For en beskrivelse af Ressource Management Act 1991 i relation til energiforsyning, se Barton 2001, s. 133-62. For en mere generel beskrivelse af loven, se Williams *m.fl.* 1997, kapitel 3.

Disse regler blev ændret i 1999. Blandt de væsentligste ændringer var, at eldetail-handlere og elproducenter ikke længere skulle være omfattet af offentliggørelseskravene.²⁹ Elproducenterne er derimod pligtige til at afgive visse statistiske informationer til the »Secretary of Economic Development« i henhold til Electricity (Statistics) Regulation 1996.³⁰ En ny sektion 172E i Electricity Act 1992 bemyndiger endvidere generalguvernøren til at fastsætte særlig indberetningspligt om finansielle kontrakter til afdækning af prisrisiko (hedge prices) og om overløb fra vandkraftværker og om årsagen til den manglende udnyttelse af dette overløb til elproduktion.³¹ Disse offentligretlige tiltag suppleres af *PowerSwitch*, et webbaseret værktøj, der skal hjælpe slutbrugeren med at finde det bedste tilbud. Benyttelsen er vederlagsfri, og systemet drives af en ikke-statslig forbrugerorganisation.³²

I 1996 blev der etableret en børs for engroshandel med elektricitet (The New Zealand Electricity Market – NZEM), der fastsætter spotmarkedsprisen på halvtimesbasis.³³ Benyttelsen af NZEM er frivillig. Elbørsen er selvregulerende i den forstand, at dens regler er udviklet af markedsaktørerne selv og administreres af en såkaldt Rules Committee, der består af 6 personer valgt af forskellige aktørgrupper. Forudsætningen for medlemskab af elbørsen er, at man erklærer sig villig til at følge de vedtagne regler.³⁴ Elbørsen fremstår som uafhængig af særlige interesser. Ca. 3/4 af New Zealands markedsvolumen handles gennem NZEM.

Priserne for fysisk elektricitet fastsættes gennem bud på at forsyne nettet og købsordre fra ca. 250 enkeltpunkter i nettet (nodal pricing). Priserne fastsættes på halvtimesbasis. Der udarbejdes foreløbige priser 36 og 4 timer, før den egentlige halvtimesperiode begynder. Bud kan ændres to timer før halvtimesperiodens begyndelse. Den endelige spotmarkedspris er den højeste blandt de laveste inputbud, der er nødvendige for at møde efterspørgslen. Der er separate markeder for finansiell afdækning og reservekraft.

Gennem Metering and Reconciliation Information Agreement 1994 (MARIA)³⁵ er der skabt mulighed for engroshandel uden om NZEM, såkaldt OTC-handel (over the counter). MARIA tillader de faktiske elektricitetsstrømme at blive sammenholdt med

²⁹ Se *Inquiry* 2000, s. 5 og *Barton* 2001, s. 65 ff.

³⁰ *Barton* 2001, s. 53.

³¹ Ændringen blev indført ved Electricity Amendment Act 2001. Om denne type finansielle kontrakter og brug af markedsmagt, se *Frank A. Wolak* (2000): An empirical analysis of the impact of hedge contracts on bidding behavior in a competitive electricity market, *International Economic Journal* vol. 14, nr. 2, s. 1-39.

³² Consumer Institute. Se <http://www.consumer.org.nz/powerswitch/default.asp>.

³³ Se *Inquiry* 2000, s. 6 ff.

³⁴ Reglerne er udgivet af Electricity Market Company Limited: Rules of NZEM, Wellington 1996, ISBN 0-473-04104-9.

³⁵ Der er kommet en revideret version i 2001. Se <http://www.nzelectricity.co.nz/C3maria.htm>.

de indgåede leveringskontrakter. Endvidere er der opstået et finansielt marked for derivater, futures og fastpriskontrakter. Benyttelsen heraf er ikke obligatorisk, men omfatter ca. 75 % af omsætningen.

På detailmarkedet blev Metering and Reconciliation Information Agreement 1994 i 1999 ændret således, at også små forbrugere fik reel mulighed for at skifte leverandør.³⁶ De enkelte forbrugere har ikke installeret elmålere, der gør det muligt at aflæse forbruget på halvtimesbasis. Den enkelte forbrugers forbrug vurderes i stedet ud fra en række profiler for forskellige kundegrupper (skabelonafregning). Profilerne udarbejdes ved hjælp af installation af halvtimemålere hos et repræsentativt udsnit af forbrugerne. Dermed undgås omkostningstunge krav om installation af halvtimemålere hos forbrugerne. Ejerskabet til de hos forbrugerne installerede elmålere ligger i reglen hos detailhandleren, ikke netvirksomheden. I visse tilfælde anvendes elautomater, der via anvendelse af kort eller kontanter sikrer forudbetaling af elforbruget.³⁷

3.3 Transmission

New Zealands eneste transmissionsvirksomhed er som ovenfor anført en statsvirksomhed udskilt i en selvstændig juridisk enhed. Som sådan kan man tale om en *common carrier*.³⁸ Denne status er imidlertid en lidt tvivlsom status, al den stund, at staten ligeledes ejer en betragtelig del af produktionskapaciteten. Der er ikke i lovgivningen fastsat ret for elproducenter, elhandlende og forbrugere til at få adgang til netværk.³⁹ Der er således ikke tale om, at Transpower har nogle af de *myndigheds-lignende* opgaver, der kendetegner en egentlig *systemadministrator* i et liberaliseret marked.⁴⁰

Ej hellere findes der generelle forpligtelser for transmissionsvirksomheden til f.eks. at levere på rimelige betingelser og til rimelige priser. En retssag kom til det resultat, at heller ikke ud fra almindelige retsprincipper vedrørende en monopol-

³⁶ Barton 2001, s. 48 f.

³⁷ Inquiry 2000, s. 52 f.

³⁸ Common carriage kan betragtes som en ekstrem udgave af tredjepartsadgang, hvor netværksvirksomheden udelukkende leverer en netværksydelse. Se Thomas W. Wälde: Access to Energy Networks: A Precondition for Cross-border Energy and Energy Services Trade. A discussion paper/first draft for 23-25 July 2001 UNCTAD experts meeting on energy services, <http://www.fundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/article9-2.html>.

³⁹ Manglende adgang til et netværk kan dog tænkes at udgøre en overtrædelse af de bestemmelser i Commerce Act 1986, der regulerer dominerende markedsposition.

⁴⁰ Om fællesskabsretlig regulering vedr. en transmissionsoperatør, se Bent Ole Gram Mortensen: Elforsyning, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1998, især s. 142 ff.

leverandør af essentielle ydelser kunne sådanne forpligtelser pålægges virksomheden.⁴¹

Problemer vedrørende transmission til fjerntliggende distrikter og mellem de to hovedøer førte i 1997 til en ændring i transmissionsvirksomhedens Statement of Corporate Intent. Samtidig blev en ny bestyrelse udpeget. Ændringen medførte, at det blev en del af transmissionsvirksomhedens officielle målsætning at søge at opnå stadige effektivitetsforbedringer. Endvidere skal de faste omkostninger nu allokere på en sådan måde, at det i mindst muligt omfang forstyrrer netbrugernes investeringsbeslutninger.⁴² Samtidig er transmissionstarifferne blevet et forhandlings-spørgsmål mellem transmissionsvirksomheden og dens kunder (*forhandlet tredjepartsadgang*). Ændringen blev ikke fulgt op af foranstaltninger, der skulle kontrollere de vilkår, hvorpå der blev givet tredjepartsadgang. Staten har således hidtil forladt sig på, at dens ejermæssige rettigheder er tilstrækkelige til at sikre en hensigtsmæssig adfærd fra virksomhedens side. Samtidig forventes det, at transmissionsvirksomheden leverer et kommercielt passende overskud.

Transmissionen er herudover privatretligt reguleret af MARIA, der tillader de fornødne registreringer af overførsler mellem transmissionsnettet og distributionsnettet og sammenligningen af disse målinger med engroshandler. Dermed sikres privatretligt muligheden for bilaterale handler på engrosmarkedet.⁴³

Transmissionsmarkedet har hidtil ikke fungeret tilfredsstillende. Der har været klager over, at transmissionsmarkedet var en hindring for konkurrence på detailniveau. Der har i den forbindelse været forslag fremme om at afhjælpe situationen med omsættelige finansielle transmissionsrettigheder.⁴⁴ Et sådant system må anses som et alternativ til en reguleret adgang til transmissionsnetværket, hvor alle sikres adgang, og en systemoperatør via transmissionstarifferne betaler for de reguleringer, der er nødvendige for at samordne leveringskontrakterne med nettets fysiske formåen.⁴⁵

3.4 Distribution

De nuværende netvirksomheder reguleres af Energy Companies Act 1992. Sektion 36 heri indeholder en formålsbestemmelse:

⁴¹ Vector Ltd v. Transpower New Zealand Ltd, New Zealand Law Reports, Vol. 3, 1999, s. 646-71.

⁴² Se Barton 2001, s. 56 og Inquiry 2000, s. 12.

⁴³ Barton 2001, s. 48.

⁴⁴ Se E. Grant Read: Financial Transmission Rights for New Zealand: Issues and Alternatives, rapport udfærdiget til Ministry of Economic Development, den 08.05.2002. Findes på <http://www.med.govt.nz/ers/electric/fttr/read/index.html>.

⁴⁵ Det kan variere, hvorledes en systemoperatørfunktion er organiseret. Der ses eksempler på, at funktionen varetages af virksomheder med (overvejende) privat ejerskab (Danmark og Storbritannien), af statsvirksomheder (Norge) og af egentlige statslige myndigheder (Sverige).

- »1) The principal objective of an energy company⁴⁶ shall be to operate as a succesful business.
2) In seeking to obtain its principal objective, an energy company shall have regard, among other things, to the desirability of ensuring the efficient use of energy«.

Derudover indeholder loven adgangsrettigheder til tredjemands ejendom i forbindelse med bl.a. inspektion og vedligehold. Egentlige anlægsrettigheder er ikke indbygget i lovgivningen. Priskontrol eller leveringspligt eksisterer ikke. Med den ovenfor omtalte ændring af Electricity (Information Disclosure) Regulation 1999 er der ikke længere krav om offentliggørelse af tariffer og antallet af forbrugere, der betaler de forskellige tariffer.

4. Miljøbeskyttelse

Miljøbeskyttelseshensyn i forbindelse med energiproduktion varetages især gennem Ressource Management Act 1991, der foruden ressourceudnyttelse også omfatter miljøreguleringsmæssige aspekter. For så vidt angår vandkraftværker har der i tilknytning til disse bestemmelser været en række sager om sikring af en vis minimumsgennemstrømning i vandløb. Ressource Management Act er blevet kritiseret for at være bedre til at varetage lokaliseringsmæssige hensyn end til at vægte hensynet til miljøbeskyttelse.⁴⁷

Der findes ingen speciel regulering, der kan varetage miljøhensyn gennem fremme af udnyttelsen af vedvarende energi. Denne er i forvejen fremherskende i elproduktionssektoren. Dog har Energy Efficiency and Conservation Authority en vis rolle i fremme af anvendelse af vedvarende energikilder.⁴⁸ Ligeledes findes der ingen prisreguleringsmekanismer, der regulerer elproduktion, eller beskytter visse produktionsformer, herunder anvendelsen af vedvarende energikilder. Disse reguleres udelukkende via markedskræfterne.

New Zealand havde ved manuskriptets indlevering endnu ikke ratificeret Kyoto-protokollen. Der er tidligere givet udtryk for, at dette skulle ske midt i år 2002.⁴⁹ Der er dog netop udgivet en rapport om potentialet for vedvarende energi.⁵⁰ Denne benytter i lighed med Kyoto-protokollen 2012 som et særligt »målepunkt«.

⁴⁶ Begrebet »energy company« omfatter kun de virksomheder, der blev dannet på baggrund af de tidligere Power Bords eller kommunale forvaltningsafdelinger, d.v.s. typisk netvirksomhederne.

⁴⁷ *Inquiry* 2000, s. 54.

⁴⁸ *David A.R. Williams m.fl.*: Environmental & Ressource Management Law, Butterworths 1997 (*Williams m.fl.* 1997), kap. 7 og *Barton* 2001, s. 54. I henhold til artikel 21 i Energy Efficiency and Conservation Act 2000 skal denne myndighed bl.a. søge at fremme anvendelsen af vedvarende energiressourcer.

⁴⁹ *Barton* 2001, s. 33.

⁵⁰ East Harbour Management Services Ltd.: Availabilities and Costs of Renewable Sources of Energy for Generating Electricity and Heat. Rapport til Ministry of Economic Development. Findes på http://www.med.govt.nz/ers/en_stats/renewable-energy/contents.html.

5. Forsyningssikkerhed

Forsyningssikkerhed i elsektoren er bl.a. et spørgsmål om tilstedeværelsen af tilstrækkelig produktionskapacitet. Det new zealandske system er yderst afhængig af dets vandkraftværker. Uden mulighed for import er tørår derfor en latent risiko. Utilstrækkelig transmissionskapacitet er tillige et problem. Det er blevet anført, at der ikke er tilstrækkelige incitamenter til at foretage den nødvendige udbygning. Tillige har fastprisaftaler på engrosmarkedet ikke givet de rette prissignaler.⁵¹

Tanken med »light handed« regulering var, at frembringelse af en konkurrencesituation vil føre til priser, der inkluderede alle ekstra omkostninger ved produktion af en ekstra kWh, og at det igen ville give incitamenter til at bygge ny kapacitet, når der var behov herfor. Der gives imidlertid ikke nødvendigvis incitamenter til at kunne møde enhver efterspørgsel på ethvert tidspunkt. Dette kan blive et problem, efterhånden som behovet for ny kapacitet opstår.

For så vidt angår forsyningssikkerhed i form af netleveringssikkerheden (sikring mod netnedbrud) er der ikke i lovgivningen fastsat regler for nettets kvalitet. I stedet for offentligretlig regulering er der blevet indgået en privatretlig aftale mellem en række markedsaktører – The Multilateral Agreement on Common Quality Standards (MACQS), maj 1999. På netområdet indeholder the Electricity (Information Disclosure) Regulation nu i 1999-udgaven i part 25, jf. Schedule 2, d(i) krav om offentliggørelse af oplysninger (asset management plan) af betydning for opretholdelsen af forsyningssikkerheden i netværket. Netnedbrud i Aucklandområdet gav anledning til nogen bekymring og anbefalinger om bedre planlægning.⁵²

6. Mindre selvregulering

En stor del af den hidtidige new zealandske regulering er udtryk for selvregulering.⁵³ Herunder hører de ovennævnte aftaler:

- The New Zealand Electricity Market (NZEM).
- The Metering and Reconciliation Information Agreement 1994 (MARIA).
- The Multilateral Agreement on Common Quality Standards (MACQS).

Disse aftaler har ofte indebåret oprettelsen af privatretlige organisationer, der de facto udøver myndighedslignende opgaver. Herunder hører en Grid Security Committee i regi af MACQS. Denne blev etableret i 1999 med det formål at

⁵¹ http://www.winterreview.govt.nz/submissions/summary/summary-01.html#P54_6425.

⁵² Se Ministry of Commerce: Auckland Power Supply Failure: Report of the Ministerial Inquiry into the Auckland Power Supply Failure, Wellington, 1998. Heri tilskrives årsagen til forsyningsnedbruddet netvirksomhedens utilstrækkelige planlægning og vedligehold (s. 127-28). Nedbruddet er kort beskrevet i International Energy Agency: New Zealand 2001 Review, s. 66.

⁵³ Selvregulering er blevet beskrevet som: »The situation of a group of persons or bodies, acting together, performing a regulatory function in respect of themselves and others who accept their authority«, J. Black: Constitutionalising Self-Regulation (1996) 59 The Modern Law Review 24, s. 27.

muliggøre forhandlinger mellem systembrugerne og transmissionsvirksomheder om kvalitetsstandarder i forbindelse med systemadgang.⁵⁴

Sådanne aftaler/selvregulering indebærer visse svagheder i forhold til offentligretlig regulering. Disse omhandler bl.a. følgende:⁵⁵

- Free rider-problematikken i forhold til de aktører, der vælger at stå uden for aftalen. Disse virksomheder kan evt. opnå en konkurrencefordel ved ikke at være underlagt samme begrænsninger som konkurrenterne, der deltager i en selvreguleringsaftale. Eksempelvis deltager ikke alle eldetailhandlere og elnetvirksomheder i The Electricity Consumer Code of Practice.
- Manglende balancering af aktørinteresser. Sådanne aftaler sikrer ikke nødvendigvis varetagelse af »svage« aktørers interesser.⁵⁶ Offentligretlig regulering forventes i parlamentariske systemer formelt set at repræsentere sådanne systemer.
- Manglende håndhævelse. Ofte vil sådanne aftaler i modsætning til offentligretlig regulering ikke indeholde pønale instrumenter. Civilretligt kan en deltager, der misligholder aftalen, dog mødes med visse sanktioner.

Det seneste Government Policy Statement indebærer en fremtidig ændring. De tre ovennævnte aftaler er planlagt erstattet med et Electricity Governance Board. Dennes rolle er fastsat til at omfatte typiske sektormyndighedsopgaver:

»Wholesale market: dispatch; pool rules; reconciliation; settlement and information disclosure covering spill from hydro dams; aggregate hedge prices; and release of offers by generators.

Transmission: transmission pricing methodology; minimum security standards; common quality and real-time security and system expansion and replacement.

Distribution: terms and conditions for connection of distributed generation to distribution lines.

Retail: consumer switching protocols; consumer complaints resolution system; transition arrangements for consumers in the event of retailer insolvency and availability of pre-payment meters.

Governance: rule-making and enforcement including alternative dispute resolution and an effective independent surveillance body«.

Denne nye organisation har, jf. bestemmelserne i Government Policy Statement om dens sammensætning, karakter af en uafhængig myndighed.

- »The Governance Board should comprise between five and nine members (including the chair).

⁵⁴ Barton 2001, s. 49.

⁵⁵ Svagheder og styrker ved selvregulering har bl.a. været diskuteret for så vidt angår miljøaftaler i Bent Ole Gram Mortensen: Voluntary Environmental Agreements between private and public law i Patrick ten Brink (red.): Voluntary Environmental Agreements: Process, Practice and Future Use, Greenleaf Publishing 2002, s. 461-75.

⁵⁶ Visse aftaler kan dog have karakter af såkaldte »agreed documents«, hvilket indebærer en afbalancering af interesser mellem flere parter.

- There must be an independent chairperson.
- The prime obligation of Governance Board members should be to develop and enforce rules consistent with the Guiding Principles; they must not act in the interests of individual participants.
- Governance Board members should demonstrate background and expertise to enable them as a group to give effect to the Guiding Principles.
- In particular, at least some members should be able to contribute expertise and experience in the following areas: consumer interests, distributed generation/renewables, energy efficiency/demand side management, generation, network management and transmission.
- All members should be aware of the interests of consumers.
- A majority of the Governance Board should be independent persons. (Any director, employee or significant shareholder of the supply side of the industry does not meet the test of independence.)
- The independent members of the Governance Board should be appointed after consultation with the Minister of Energy.«

Kravet om flertal af uafhængige medlemmer (set i forhold til brancheinteresser) er ganske sædvanligt for myndigheder med tilsynsfunktioner. Det samme gælder det forhold, at enkelte medlemmer repræsenterer forskellige erhvervsinteresser. Ministeren har ganske vist ikke udnævnelsesretten for de uafhængige medlemmer, men udnævnelsen skal dog ske efter konsultation med ministeren.

7. Sammenfatning

Det er karakteristisk, at den new zealandske stat nok har løst det reguleringsmæssige greb om elforsyningssektoren, men samtidig har valgt at bevare den ejermæssige kontrol over transmissionsnettet og hovedparten af produktionsapparatet. Dette kan udtrykkes således, at der er sket en forrykkelse fra offentligretlig regulering mod privatretlig regulering. Dette er ikke uden betænkeligheder. Det er ganske vist ikke usædvanligt, at en offentlig myndighed, herunder især staten, benytter ejerbeføjelser som alternativ eller supplement til offentligretlig regulering. Hermed reduceres dog gennemsigtigheden i forhold til de rammer, der reelt gælder for udøvelse af den pågældende offentlige virksomhed.

Udskillelsen af statens elproduktions- og transmissionskapacitet i selvstændige juridiske enheder har reduceret den umiddelbare risiko for krydssubsidiering mellem elforsyningssektoren og forskellige andre offentlige sektorer. Overførsler vil efter udskillelsen typisk være mere gennemsigtige og påkalde sig offentlighedens opmærksomhed.⁵⁷

Det new zealandske svar på manglende konkurrence i produktionsleddet har været en kombination af horisontal selskabsmæssig opsplitning og privatisering. Kombineret med en elbørs og muligheden for OTC-handel, begge etableret på privatretlig basis, synes engrosmarkedet på trods af sin lidenhed og manglende mulighed for konkurrence fra import at have fungeret i et vist omfang. Selv om der har været tale om en stor omvæltning fra en struktur med kun én statsejet produktionsvirksomhed til en struktur med 4 store og mange små producenter, er markedet

⁵⁷ Det udelukker ikke, at man kan overføre midler gennem fiktiv prisfastsættelse i forbindelse med udveksling af ydelser mellem virksomhederne. Der vil dog næppe være incitament hertil.

stadig stærkt koncentreret. De 4 største elproducenter råder over 85 % af kapaciteten og de 3 største over 73 % af kapaciteten.⁵⁸ Det må ved vurderingen af markedsconcentrationen erindres, at det new zealandske marked grundet landets geografi ikke kan udsættes for konkurrence fra elimportører, at markedet er af begrænset størrelse og at 3 ud af de 4 største producenter har samme ejer (staten). Denne markedsconcentration på produktionssiden må give anledning til bekymring. Grundet markedets ringe størrelse og manglende mulighed for udefra kommende konkurrence er det dog vanskeligt at undgå en sådan koncentration, hvis de pågældende virksomheder skal kunne udnytte stordriftsfordele.

Samtidig vil det omfattende offentligt ejerskab af aktører, der opererer i et konkurrenceudsat marked, kunne medføre uhensigtsmæssigheder. Som statsejet virksomhed vil der for virksomhedens ledelse ikke nødvendigvis være de samme incitamenter til at optimere driften. Risikoen for overtagelse eller konkurs er ikke lige så latent som for andre privatejede aktører.⁵⁹

Med staten som ene-ejer af transmissionsnettet og samtidig aktør på elproduktions- og elhandelsmarkedet eksisterer der en interessekonflikt. Samtidig er produktionsmarkedet meget koncentreret. Der synes ikke at være specielle kontrolmekanismer, der sikrer mod, at de 3 store producenter med samme ejer (staten) og tilsammen 57 % af kapaciteten kollektivt kan dominere markedet til skade for konkurrencesituationen, specielt i betragtning af den vertikale integration med detailhandlen. New Zealand kunne overveje et mere diversificeret ejerskab til produktionssektoren. En privatisering vil dog afskære staten fra at benytte ejermæssige beføjelser som alternativ til offentligretlig regulering.

Netadgang er et af de vigtigste elementer i forbindelse med indførelse af konkurrence i en sektor, der som elforsyningsindustrien er afhængig af et naturligt monopol (netværk) for at kunne forbinde producent og forbruger. Den valgte forhandlede adgang virker ikke overbevisende. Elhandler besværliggøres, hvis der ikke er sikkerhed for at kunne få varen transporteret. Dette giver et vist råderum til at benytte netadgangen til at favorisere nogle producenter på andres bekostning. Teknisk set skulle den ejermæssige unbundling mellem distribution og elhandel/elproduktion dog fratage de incitamenter til forskelsbehandling, der findes i mere vertikalt integrerede systemer. Denne unbundling er imidlertid ikke blevet udstrakt til at omfatte transmissionsnettet, hvor der kun er organisatorisk unbundling. Transmissionsnettet har hidtil været betragtet som en barriere for fri elhandel. I stedet for indførelse af omsættelige finansielle transmissionsrettigheder kunne fri adgang til transmissionsnettet til regulerede tariffer være en løsning, der muligvis gav anledning til færre *agency costs*.⁶⁰

⁵⁸ *Small* 2002, s. 3 f.

⁵⁹ *Bollard & Pickford* 1995, s. 415.

⁶⁰ Se om dette begreb i bl.a. *Michael J. Trebilcock*: Can Government Be Reinvented? i Jonathan Boston (red.): *The State Under Contract*, Bridget Williams Books Ltd. 1995.

Opsplitningen af distributionen i en konkurrenceudsat og en monopolsektor har blot resulteret i en ny vertikal integration inden for de konkurrenceudsatte sektorer. De 3 største producenter kontrollerer nu ca. 61 % af detailhandelsmarkedet. Ca. 90 % af detailhandelsmarkedet er kontrolleret af 5 detailhandlende, hvoraf de 4 er de store elproducenter.⁶¹ Dette kan tages som udtryk for en hensigtsmæssig risikominimering. Risikoen kan i visse tilfælde mindskes for elhandlere, hvis man selv har produktionskapacitet til helt eller delvist at opfylde sine handler. Producenterne vil dog selv møde risici som vandmangel (vandkraftværker) og prisstigninger på brændsel (termiske kraftværker).

På den baggrund kan det synes risikabelt at fritage detailhandel og produktion fra de offentliggørelseskrav, der fremgår af Electricity (Information Disclosure) Regulation. I forvejen kan det betvivles, hvorvidt gennemsigtighed er tilstrækkeligt et middel på et marked med så stor koncentration. Det er således blevet anført, at konkurrence nok opstår, men er »sluggish«, at der er ubalance i markedsmagten, at nogle priser er højere og services lavere end nødvendigt, og at forbrugerne ikke har fået de forventelige fordele af liberaliseringen.⁶² Et statsligt ejerskab synes ikke i sig selv at have været tilstrækkeligt til at sikre en hensigtsmæssig regulering. Staten har således aktivt måtte benytte sine ejerbeføjelser til at regulere især transmissionsvirksomhedens adfærd. Ikke desto mindre synes markedet hidtil at have fungeret, sådan at forstå at spotmarkedsprisen stadig er for lav til, at ny produktionskapacitet har økonomisk incitament til at trænge ind.⁶³

Det indirekte forbrugereje, der præger distributionsnetsektoren gennem kommuner og trusts, kunne man mene ville give anledning til et krav om effektiv drift fra forbrugernes side. Der er imidlertid ikke nødvendigvis sammenfaldne interesser mellem f.eks. en trusts bestyrelse og de indirekte ejere.⁶⁴ Samtidig er netvirksomhederne reguleret forskelligt, alt efter hvorledes de er organiseret. Netvirksomheder ejet direkte af kommunerne er således underlagt en række offentligretlige love, som trusts ikke er omfattet af.⁶⁵ Commerce Commission har foreslået benchmarking indført som instrument lige som offentliggørelse af samme.⁶⁶ Disse skal, ifølge forslaget, følges op af indgreb over for virksomheder, der ikke har formået at forbedre deres effektivitet i overensstemmelse med forventninger udmeldt

⁶¹ *Small* 2002, s. 4. Den 5. store elproducent er Trust Power Ltd med ca. 16 % af detailsalgsmarkedet.

⁶² *Inquiry* 2000, s. 27.

⁶³ Et sådant marked kan være svært at trænge ind på. Investeringerne er store og såkaldte »sunk costs«, ligesom især de etablerede vandkraftværker kan producere med meget lave marginale omkostninger.

⁶⁴ *Commerce Commission* 2002, s. 33 f. Dette problem kan dog også opstå under andre ejerformer.

⁶⁵ *Inquiry* 2000 nævner på s. 25 the Local Government Official Information and Meetings Act, the Public Finance Act og the Ombudsmen Act.

⁶⁶ *Commerce Commission* 2002, s. 48.

på forhånd af Commerce Commission. Indgrebet baseres på den generelle be-myndigelse i Commerce Act 1986, sektion 57E.

Indførelse af skabelonafregninger har givet mulighed for konkurrence i et marked, hvor udgifterne til investering i halvtimemålere reelt ville være for store for de enkelte småforbrugere i forhold til den mulige gevinst ved leverandørskifte. Erfaringerne viser, at der faktisk sker et betydeligt antal leverandørskift.⁶⁷ Denne negative effekt af skabelonafregning er, at den enkelte småforbruger ikke gives mulighed for at reagere på prissignaler døgnet igennem. Dermed gives der ikke incitament til at udjævne forbruget i døgnets forløb og nedbringe spidsbelastningen og de omkostninger, der er forbundet med altid at kunne møde denne produktions- og transmissionsmæssigt.

Det er markant, hvorledes hensynet til konkurrence (og dermed priseffektivitet) er blevet vægtet i forhold til miljøbeskyttelse og forsyningssikkerhed. Mængden af vandkraft og geotermi til rådighed har selvfølgelig begrænset nogle miljøproblemer i forbindelse med elproduktionen, dog langt fra alle. Det er dog tvivlsomt, om disse to ressourcer i væsentligt omfang vil kunne bidrage til den fremtidige udbygning af produktionskapaciteten. Der forventes at komme et behov for en sådan udbygning,⁶⁸ og New Zealand vil, som mange andre lande med en konkurrenceudsat elproduktion, stå over for den udfordring at sikre tilstedeværelse af kapacitet, der kan møde efterspørgslen i selv den mest ekstreme spidsbelastningsperiode.

8. Konklusion

Mere end 10 år efter reformernes begyndelse kan den new zealandske regulering af elforsyningssektoren stadig betegnes som »light handed«. Omlægningen har givet anledning til en generel begrænsning af den daglige politiske indflydelse. Tidligere var ressortministeriet direkte involveret i elforsyningssektorens budgetter og prissætning.⁶⁹ Indtil videre omfatter den offentligretlige sektorregulering hovedsagelig sikkerhedsmæssige krav, gennemsigtighed og begrænsninger i den ejermæssige vertikale integration af detailhandel og distributionsnet.

I fraværet af væsentlig sektorspecifik offentligretlig regulering har selvregulering fået en fremtrædende plads. En række institutioner er kommet i stand via aftaler mellem sektorens aktører. Selvregulering via aftaler mellem aktører giver en vis mulighed for at udelukke nye aktører f.eks. på spotmarkedsbørsen. Der vil dog være mulighed for at møde sådanne udelukkelser med indgreb via the Commerce Act 1986. Selvreguleringen forventes at fungere bl.a. under trussel om offentligretlig indgreb. For at denne trussel skal være virksom, kræves der opretholdelse af en sektorspecifik indsigt i ressortministeriet, og der skal afsættes ressourcer til

⁶⁷ Se omfanget på <http://www.nzelectricity.co.nz/C1aChoice.htm>. I de første 15 måneder med helt fri konkurrence (april 1999-juni 2000) benyttede 10 % af forbrugerne sig af muligheden for at skifte leverandør. Se IEA 2001, s. 64.

⁶⁸ Ministry of Energy: Post Winter Electricity Review, <http://www.winterreview.govt.nz/>.

⁶⁹ Se Duncan & Bollard 1992, s. 83 f. Der er dog stadig en vis politisk indflydelse gennem fastlæggelse af »corporate intent« og den offentlige udpegning af ledelsen.

overvågning. Tilsynsfunktionen er imidlertid af begrænset omfang. Besparelser ved ikke at have et sådant kontrolsystem er en del af baggrunden for den valgte reguleringsmæssige strategi.⁷⁰

Med oprettelsen af Electricity Governance Board er New Zealand på elforsyningsområdet i realiteten på vej væk fra selvregulering. Etableringen af den nye myndighed kan i kraft af dennes opgaver og sammensætning ses som udtryk for »arm's length« regulering. Denne regulering understøttes af placeringen af offentlige virksomheder, herunder elforsyningsvirksomheder i privatretlige selskabsformer med krav om profitabilitet og effektivitet som en privat virksomhed. Sådanne konstruktioner afholder dog ikke nødvendigvis det politiske system fra at søge at varetage forskellige politiske interesser gennem dets ejerskab.⁷¹

⁷⁰ Offentligretlig regulering samt kontrol og håndhævelse af samme medfører bl.a. omkostninger både på myndigheds- og aktørmiveau. Se *Bollard & Pickford* 1995, s. 417. Fravær af regulering i et monopolmarked anses imidlertid for at give anledning til samfundsøkonomisk uhensigtsmæssig monopolprissætning.

⁷¹ I New Zealand pressede et parlamentarisk nedsat udvalg således det statsejede produktionsselskab til ikke at gennemføre påtænkte prisstigninger. Se *Duncan & Bollard* 1992, s. 69.

En bemærkning om »lejekøb«
– i relation til finansielle leasingkontrakter

af

Hans Viggo Godsk Pedersen

Med det formål at hindre omgåelse af reglerne om ejendomsforbehold indeholder kreditaftaleloven i § 6, stk. 2 en bestemmelse, hvorefter en aftale efter omstændighederne omklassificeres til et køb med ejendomsforbehold. Bestemmelsen har følgende ordlyd: »Som køb med ejendomsforbehold anses også en aftale, der er betegnet som lejekontrakt, eller hvorefter betalingen i øvrigt fremtræder som vederlag for brug af ting, såfremt det må antages at have været meningen, at modtageren skal blive ejer af den.« Bestemmelsen stammer fra den første lov om afbetaling § 1, stk. 2,¹ hvor den blev medtaget med den begrundelse, at man ikke skulle kunne unddrage en transaktion, der i virkeligheden var et salg på afbetaling, fra lovens regler ved at give den en anden benævnelse eller form.² I afbetalingslovens afløser, kreditkøbsloven³ var reglen indeholdt i § 2, stk. 2, hvorfra den ved kreditkøbslovens ophør medtoges i kreditaftaleloven.

I den trykte domspraksis nåede bestemmelsen i afbetalingslovens § 1, stk. 2 ikke at få den store betydning før indførelse af et krav om mindsteudbetaling ved afbetalingskøb, hvilket skete i 1954.⁴ Så vidt ses findes ingen trykte afgørelser om bestemmelsen i den pågældende periode. Med kravet om en mindsteudbetaling som betingelse for ejendomsforbeholdets gyldighed i 1954-lovens § 1, stk. 4 fik spørgsmålet om lejekøb imidlertid større betydning, idet den i loven foreskrevne mindsteudbetaling typisk ikke var blevet erlagt i de aftaler, der var betegnet som lejekontrakter. En variant af lejekøbsmodellen findes i U 1956.382, hvor en sælger havde overladt en (senere) køber en bil, uden at denne skulle betale leje af bilen. Derimod indbetaltes nogle beløb på en såkaldt opsparingskonto, og da der ca. et halvt år senere var indbetalt et beløb svarende til 40 % af bilens kontantpris, blev der oprettet en afbetalingskontrakt, hvor det opsparede beløb udgjorde udbetalingen. Det antoges, at det allerede ved udlevering af bilen havde været stiltiende forudsat, at denne skulle sælges til den pågældende køber, hvorfor ejendomsforbeholdet tilsidesattes.

¹ Jf. Lov nr. 244 af 8. maj 1917 om køb på afbetaling.

² Jf. nærmere Rigsdagstidende 1916-17, Tillæg A sp. 2522.

³ Jf. Lov nr. 275 af 9. juni 1982 om køb på kredit.

⁴ Jf. Lov nr. 224 af 11. juni 1954 § 1, stk. 4.

Den første trykte afgørelse om et egentligt lejekøb er så vidt ses afgørelsen U 1963.657, hvor der i en automat på et lejet fjernsyn skulle indlægges en krone for hver halve time, apparatet blev benyttet, og hvor samtlige lejeløb skulle fragå i købesummen, hvis lejeren købte fjernsynet. Under hensyn til, at der var sikret lejeren ret til at købe fjernsynet på det anførte vilkår, var aftalen et lejekøb, der som følge af manglende udbetaling ikke indeholdt et gyldigt ejendomsforbehold. Også i U 1966.755 ansås en lejeaftale for et køb med et ugyldigt ejendomsforbehold, medens ejendomsforbeholdet opretholdtes i U 1974.401, hvor lejeløb ganske vist delvis blev godskrevet køber ved køb af et andet TV, men hvor sælgeren antoges at have opnået dækning for sine omkostninger ved udlejningen.

1. Generelt om finansiel leasing som »lejekøb«

Da finansiel leasing begyndte at vinde indpas her i landet, kom afbetalingslovens regel i § 1, stk. 2 om lejekøb kombineret med 1954-versionen af afbetalingslovens § 1, stk. 4 om mindsteudbetaling til at virke problematisk. Da kravet om en mindsteudbetaling også var gældende uden for forbrugeraftaler, indebar omklassificeringen af en lejeaftale til et køb med ejendomsforbehold typisk, at ejendomsforbeholdet var ugyldigt som følge af manglende udbetaling, jf. U 1971.887, U 1977.243 og U 1986.1 H. Omklassifikation af en aftale til et køb med ejendomsforbehold skete imidlertid ikke i afgørelserne U 1973.173 H, U 1973.338 H, U 1976.588, U 1980.874 og U 1983.334 H. Afgørelserne er nærmere omtalt nedenfor.

I den juridiske litteratur gav spørgsmålet om finansielle leasingkontrakter set i forhold til »lejekøb« anledning til en ret omfattende debat. I det væsentlige synes der at være opnået enighed om, at en leasingkontrakt for erhvervsløsøre, der ikke virkede som et forsøg på omgåelse, normalt faldt uden for lejekøbsreglen, medmindre der i kontrakten fandtes bestemmelser om det modsatte, eller der var meget stærke indicier for, at det var meningen, at lejeren skulle blive ejer af genstanden.⁵

I kreditkøbsbetænkningen var man opmærksom på, at reglen om lejekøb kunne virke uhensigtsmæssig ved leasingkontrakter, og udvalget imødekom delvis et ønske om at holde erhvervsmæssige lejeforhold uden for afbetalingsloven. Udvalgets lovudkast indeholdt nemlig i § 39, stk. 1 en bestemmelse, hvorefter parterne ved køb af erhvervsløsøre – bortset fra motorkøretøjer – kunne aftale, at kreditkøbsloven ikke skulle finde anvendelse, når kontantprisen oversteg 100.000 kr., ligesom en lejekontrakt under tilsvarende omstændigheder ikke skulle være omfattet af lovens § 2, stk. 2.⁶ Samtidig foresloges mindsteudbetalingskravet ved § 19 begrænset til kun at omfatte forbrugerkøb, idet hensynet til den begrænsning i relation til letsindige køb og den forbrugsbegrænsning, som mindsteudbetalingskravet antoges at medføre,

⁵ Jf. H. Fischer-Møller: U 1972B.69 og U 1974B.154, Poul Gade: *Finansiel leasing* s. 352 ff., Ebbe Suenson: U 1974B.41. Mere kritiske Torben Jensen: *Afbetaling* s. 397 ff., J.U. Kofoed-Hansen: *Leasingkontrakter*, 2. udg. s. 61 og J 1973.409 samt Weber: J 1971.279. Særlig med henblik på den skatteretlige behandling Koch-Nielsen: U 1967B.286.

⁶ Jf. Betænkning nr. 839-1978 s. 59 og s. 114 ff.

i særlig grad gjorde sig gældende i forbrugerkøb. Endvidere ansås udbetalingskravet for delvis illusorisk ved erhvervsmæssige køb, hvis det købte indgik i køberens momsregnskab, således at momsen blev refunderet.⁷

I det fremsatte lovforslag fulgte ministeriet udvalgets forslag for så vidt angik § 19, således at udbetalingskravet kun var gældende i forbrugerkøb. Derimod medtoges bestemmelsen i udkastets § 39 – om mulighed for at aftale, at erhvervsmæssige køb med kontantpris over 100.000 kr. ikke skulle være omfattet af loven – ikke i det fremsatte lovforslag.⁸ Begrundelsen herfor var dels, at beløbsgrænsen ikke fandtes at være et egnet kriterium med hensyn til, hvilke erhvervsdrivende der kunne have et beskyttelsesbehov, dels at problemet i relation til leasing var løst med bortfald af kravet til mindsteudbetaling uden for forbrugerforhold.⁹ I øvrigt nåede udvalget i en tillægsbetænkning¹⁰ til den konklusion, at der ikke var et aktuelt behov for lovregulering af udlejning af løsøre til erhvervsdrivende.

Efter kreditkøbsloven og senere kreditaftaleloven har finansiell leasing således principielt været omfattet af reglen om lejekøb. Da der imidlertid ikke efter disse love kræves en mindsteudbetaling for ejendomsforbeholds gyldighed uden for forbrugerkøb, har omklassificering af en finansiell leasingaftale til et køb med ejendomsforbehold normalt ikke konsekvenser for leasingselskabets sikkerhed, idet der typisk må være indeholdt et gyldigt forbehold af ejendomsret (ejendomsforbehold) i kontrakten.¹¹ Derimod vil omklassifikation kunne have skatteretlige og afgiftsretlige konsekvenser.

2. Omklassifikation inden for civilretten

Vanskeligheden for finansiell leasing i relation til reglen om lejekøb bunder i det forhold, at den finansielle leasing netop er en finansieringsform på linie med andre finansieringsformer forstået på den måde, at brugeren af en genstand typisk skal betale et beløb, der set over leasingperioden under ét svarer til forrentning af den bundne kapital samt anskaffelsessummen med fradrag af en angiven scrapværdi af det leasede ved leasingperiodens udløb. Den angivne scrapværdi vil ikke nødvendigvis svare til den reelle værdi. Tværtimod vil det være næsten utænkeligt, at denne kan fastsættes præcist flere år i forvejen.

Ofte vil det for leasingtageren ikke stå som et valg mellem køb eller leje af en maskine, men som et valg af finansieringsform ved anskaffelse af en maskine. Ved det normale forløb fremtræder ikke særlige forskelle mellem køb og leasing, idet vedligeholdelse og forsikring sædvanligvis vil påhvile leasingtageren. Bortset fra skatte- og afgiftsmæssige virkninger vil det heller ikke have særlig betydning, om

⁷ Jf. Betænkning nr. 839-1978 s. 87.

⁸ Jf. FT 1980-81 Lovforslag nr. L 24.

⁹ Jf. Fremsættelsesbemærkningerne, jf. tillige *Peter Blok*: J&Ø 1980.8.

¹⁰ Jf. Betænkning nr. 876-1979.

¹¹ Jf. *Lennart Lynge Andersen*: Lov om kreditaftaler, 3. udg. s. 86 f.

der betales renter og afdrag på et lån til anskaffelsen, eller om der betales en leasingydelse, der i alt væsentligt er beregnet efter samme kriterier. Valget vil dog have likviditetsmæssige konsekvenser.

Da leasingselskabet typisk ikke vil ansætte den scrapværdi, der anvendes ved beregning af leasingydelsen, højere, end den rent faktisk kan forventes at være ved leasingperiodens udløb, vil leasingtageren ofte have en interesse i at kunne overtage det lejede til den angivne scrapværdi eller på anden måde opnå kompensation for differencen. Set fra leasingtagerens side vil den angivne scrapværdi jo blot være det beløb, der mangler i fuld betaling af det lejede. Under disse omstændigheder vil leasingselskabet naturligvis være utilbøjelig til at indrømme en køberet til en pris, der svarer til den angivne scrapværdi, idet aftalen da måtte anses for omfattet af kreditaftalelovens § 6, stk. 2. Det ville ikke alene ændre det direkte økonomiske mellemværende mellem parterne, men samtidig dermed ville den økonomiske balance i kontrakten forrykkes på grund af de skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser af en omklassifikation af aftalen.

Sættes den i kontrakten angivne scrapværdi højt, vil leasingtageren selvsagt ikke have en interesse i at købe til denne værdi. På den anden side vil leasingselskabet næppe acceptere en høj scrapværdi, hvis ikke leasingtageren på en eller anden måde kommer til at indestå for differencen mellem den angivne og den faktiske scrapværdi, f.eks. ved en købepligt til den angivne scrapværdi. På den anden side vil det også kunne bringe kontrakten på kollisionskurs med kreditaftalelovens § 6, stk. 2.

Set på denne måde kan finansiel leasing siges at indebære et dilemma. Leasingtageren skal i alt væsentligt betale maskinens anskaffelsespris og forrentning af beløbet, idet en angivet scrapværdi eller retsværdi dog ikke skal betales. Aftalen må imidlertid ikke umiddelbart give leasingtageren en ret til at overtage det lejede mod betaling af restværdien, i hvert fald ikke i de tilfælde hvor den er fastsat på en sådan måde, at der må formodes at være en økonomisk interesse i det. I så fald må det nemlig antages at have været meningen, at lejerens skal blive ejer af det lejede, hvorfor den vil være omfattet af kreditaftalelovens § 6, stk. 2. På denne baggrund er det naturligt, at domstolene i ikke så få tilfælde har haft lejlighed til at tage stilling til, om en leasingaftale kan omklassificeres til en kreditkøbsaftale.

2.1 Nogle konkrete tilfælde

Som foran nævnt er der foretaget omklassifikation af leasingkontrakter til afbetalingskontrakter i en del tilfælde. I det følgende skal der derfor ses lidt nærmere på den foreliggende domspraksis.

Selve det forhold, at leasingtageren gennem leasingydelserne i alt væsentligt skal betale værdien af den lejede genstand med tillæg af rente, kan ikke i sig selv begrunde en antagelse om, at leasingtageren skal blive ejer af det lejede. Var det tilfældet, ville finansiel leasing som en finansieringsform næppe kunne gennemføres, idet leasinggiveren jo nødvendigvis skal have dækket sine omkostninger ved arrangementet. Det synes da også ganske sikkert at kunne udledes af domspraksis med afgørelsen U 1973.173 H som den ledende.

I afgørelsen U 1973.173 H var forholdet følgende: En maskinudlejnings- og entreprenørvirksomhed lejede et antal maskiner af en maskinforhandler. Lejen var beregnet som købesummen for maskinerne med tillæg af rente divideret med det antal måneder, lejeperioden var fastsat til. Ved misligholdelse med lejebetaling var der givet henstand på den måde, at der for de ydelser, der var givet henstand med, ændredes forfaldsdato til efter de øvrige ydelser. Ved leasingtagers konkurs påstod boet leasingaftalen betragtet som en afbetalingskontrakt uden gyldigt ejendomsforbehold, idet der ikke var erlagt den krævede mindeudbetaling efter afbetalingslovens § 1, stk. 4. Leasingtageren forklarede, at det var blevet ham lovet som gentlemanaftale, at han kunne overtage maskinerne, når lejen for den samlede periode var betalt. Højesterets flertal (4 dommere) fandt ikke, at kalkulationens lighed med afbetalingskøb indebar, at leasingtageren havde ret til at blive ejer af maskinerne ved lejeperiodens udløb, og fandt ej heller i kontraktsvilkårene eller øvrige omstændigheder nogen afgørende støtte for rigtigheden af leasingtagerens forklaring, hvorfor der ikke foretoges omklassifikation. Mindretallet (3 dommere) fandt, at det efter alt foreliggende, herunder leasingtagerens forklaring, som disse dommere fandt havde støtte i andre vidneforklaringer, og forløbet af kontraktsforholdene, måtte antages at have været meningen, at leasingtageren skulle blive ejer af maskinerne.

En påstand om omklassifikation støttes imidlertid normalt ikke alene på det forhold, at leasingydelsen beregnes på den måde, at leasinggiveren skal have dækket genstandens værdi med tillæg af renter. Som det fremgår af den netop refererede afgørelse, støttes påstanden undertiden tillige på, at det er blevet lovet leasingtageren, at genstanden kan overtages frit eller for et nærmest symbolsk værdi efter betaling af leasingydelserne i uopsigelsesperioden. Ud over den netop refererede afgørelse kan henvises til U 1973.338 H.

Forholdet i U 1973.338 H var, at der i en lejekontrakt om en gravemaskine var indeholdt bestemmelser om regulering af lejen ved førtidigt ophør. Efter en lejeperiode på tre år var der betalt et beløb, der svarede til købesummen med tillæg af renter. Kontrakten indeholdt tillige i punkt 12 og 14 udtrykkelige klausuler om, at »Ved lejemålets ophør skal lejerens omgående og for egen regning og risiko tilbagelevere det lejede til udlejerens lager...« og »Ved sin underskrift på nærværende kontrakt bekræfter lejerens, at der ikke er givet ham tilsagn om forkøbsret til det lejede.« Lejerens påstod, at der var givet ham tilsagn om, at han kunne overtage maskinen for et symbolsk beløb (5.000 kr. eller 1 måneds leje) ved udløbet af lejeperioden på tre år. De repræsentanter, lejerens havde forhandlet med, støttede i deres vidneforklaringer denne opfattelse, medens det blev afvist af udlejerfirmaet. Opfattelsen afvistes selv sagt også af det pengeinstitut, der senere havde erhvervet lejekontrakten. Flertallet i Højesteret antog, at det ikke over for kontraktens klare bestemmelser var godtgjort, at der ved de udtalelser, der var faldet fra de pågældende repræsentanter, var givet lejerens et bindende tilsagn om, at han havde ret til at blive ejer af maskinen ved lejeperiodens udløb.

Det kan næppe nægtes, at der i disse sager var nogle indicier for, at der var tilsagt lejerens en betinget eller ubetinget ret til det lejede ved lejeperiodens udløb, når de stipulerede leasingydelser var blevet betalt. Helt generelt må der imidlertid kræves sikre holdepunkter, hvis en part hævder, at der ved kontraktens indgåelse er indgået en mundtlig aftale, der fraviger udtrykkelige vilkår i kontrakten.¹² Her var der netop ikke efter flertallets opfattelse tale om tilstrækkeligt klare og sikre beviser for, at lejerens i strid med kontraktens udtrykkelige bestemmelse om, at det lejede ved

¹² Jf. herved *Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand*, 4. udg. s. 382.

lejemålets ophør skulle tilbageleveres til udlejer, havde fået et bindende tilsagn om erhvervelse af det lejede. En manifestation af hensigten om lejerens ret til erhvervelse trods en formelt anderledes »indpakning« i kraft af to implicerede selskaber i samme koncern forekommer ved afgørelsen U 1977.243.

I U 1977.243 var forholdet det, at en entreprenør, der havde drevet virksomhed med maskinudlejning, ønskede at sælge de fleste af sine maskiner. Gennem en repræsentant i et maskinsælgerfirma kom han i kontakt med en entreprenørkoncern. For nogle af maskinerne blev der oprettet to-årige lejekontrakter med nogle af selskaberne i denne koncern, nogenlunde samtidig blev disse maskiner solgt til et andet selskab i samme koncern. Det antoges, at der efter det oplyste om de pågældende selskaber i koncernen, at det ikke i relation til afbetalingslovens § 1, stk. 2 kunne gøre nogen forskel, at der formelt var forskellig kontraktspartner i aftalerne om leje og om køb. Der antoges reelt at være tale om samme kontraktspartner, og at der ikke var tilsigtet andet end at omgå bestemmelsen i afbetalingslovens § 1, stk. 2. Da der ikke var erlagt den krævede mindsteudbetaling efter afbetalingslovens § 1, stk. 4 tilsidesattes ejendomsretten i forhold til lejerens/køberens konkursboer.

Giver kontrakten lejereren ret til at overtage det lejede på nærmere angivne vilkår, afhænger det i høj grad af disse vilkår, om det må antages at have været meningen, at lejereren skal blive ejer af det lejede. Kan det lejede overtages for nyprisen minus de betalte lejebeløb, må det normalt antages, at det har været meningen, at lejereren skal blive ejer af det lejede, idet en kontrakt af det indhold faktisk vil indebære, at lejereren blot har haft en rentefri kredit, indtil konvertering finder sted. Mere tvivlsomt er forholdet, hvis kun afdragsdelen eller en del af denne fragår i købesummen. Dette spørgsmål er bl.a. behandlet i de følgende kort refererede afgørelser:

U 1971.887. I løbet af 1968 og 1969 oprettedes successivt mellem samme udlejer og lejer fem enslydende lejekontrakter for fem gravemaskiner. Kontrakternes § 8 indeholdt en klausul med følgende indhold: »Skulle lejereren, medens lejemålet løber, ønske at købe maskinen, kan dette ske ved, at lejemålet ophæves, når der samtidig oprettes købekontrakt. Den indtil da betalte leje kan ikke anvendes som udbetaling ved købet, men vil med fradrag af renter (svarende til vort selskabs almindelige afbetalingsrente, for tiden 12 % pro anno) for den tid, der er gået, blive fratrukket den værdi, som maskinsættet er ansat til ved lejemålets begyndelse...«. Da lejereren kom i betalingsvanskeligheder, erstattedes de fem kontrakter af en samlet kontrakt, hvori der var indeholdt en bestemmelse om, at lejereren ikke kunne blive ejer af det lejede udstyr. Sø- og handelsrettens skifteret antog, at de oprindelige lejekontrakter måtte anses for afbetalingskontrakter uden gyldigt ejendomsforbehold i medfør af afbetalingslovens § 1, stk. 2, og stk. 4. (Oprettelsen af den samlede kontrakt for de fem maskiner omstødtes efter den dagældende konkurslovs § 24).

U 1976.588. En murer og entreprenørvirksomhed havde lejet forskelligt forskallingsmateriel. Lejereren havde normalt ret til i løbet af lejeperioden at købe det lejede materiel og få den indbetalte leje godtgjort i købesummen efter nærmere fastsatte retningslinier i forhold til nyprisen for materiellet, startende med 100 % godskrivning inden for de første 3 måneder og sluttende med 50 % efter 6 måneder. I øvrigt var det undertiden brugt materiel, der blev udlejet, undertiden nyt. Under hensyn til beskaffenheden af materiellet, at køb af lejet materiel var sædvanligt inden for branchen, at reduktionen i købsprisen var rimelig i forhold til materiellets værdiforringelse, at lejereren var en erhvervsvirksomhed, at reduktionen skete af købesummen ikke i udbetalingen, og at lejereren kunne opsiges med en dags varsel, fandtes afbetalingslovens § 1, stk. 2 ikke anvendelig på aftalen.

U 1980.874. En lejekontrakt om dataskærme, der var uopsigelig i 3 år, indeholdt et vilkår om, at aftalen inden for lejeperioden kunne konverteres til et køb, i hvilken forbindelse halvdelen af lejebeløbet ville blive fratrullet den oprindelige pris. Ved lejerens konkurs bestred kurator udlejers ejendomsret med henvisning til, at der reelt var tale om et køb, men med henvisning til at konverteringsprisen langt oversteg scrapværdien og i hvert fald stort set svarede til vurderingen i boet og den pris, som boet havde solgt skærmene for, antoges det, at aftalen reelt var en lejeaftale.

Afgørelserne U 1986.1 H og U 2002.182 omhandler også dette spørgsmål, men i disse forelå også andre momenter, jf. herom nedenfor.

Umiddelbart virker disse afgørelser ikke ganske konsistente. Ved U 1971.887 var det væsentlige for omklassifikation, at afdragsdelen af de betalte beløb kunne fratrækkes nyprisen ved en konvertering til køb. I princippet er det mere vidtgående, at hele lejebeløbet kunne fradrages i købesummen ved konvertering til køb i U 1976.588. Denne meget vidtgående ret havde køberen imidlertid kun i en begrænset periode på tre måneder, hvorefter der skete en reduktion af det beløb, lejereren blev godskrevet ved konvertering til køb. Den del af dommens begrundelse, der fremhæver, at køb af lejet materiel var sædvanligt inden for branchen, synes i øvrigt at tale for, at det var forudsat, at lejereren skulle blive ejer af materiellet, men måske netop det forhold, at det var forskelligt, om der blev leveret nyt eller brugt materiel, taler imod denne forudsætning, idet det ikke forekommer så tillokkende at få godskrevet et lejebeløb i forhold til nyprisen for materiel, der allerede var brugt ved modtagelsen. Muligvis er dette forhold indeholdt i domsbegrundelsens henvisning til karakteren af materiellet. Herved adskiller forholdet sig fra U 1971.887, hvor det vel måtte være sandsynligt, at lejereren ville anmode om konvertering til køb, når afdragene var betalt. Helt generelt må der vel kunne antages en formodning for lejekøb, hvis afdragsdelen fuldt ud kan fratrækkes i købesummen, og afdragsdelen klart overstiger værdiforringelsen, idet det da vil være ufordelagtigt ikke at udnytte køberetten.¹³

Ses U 1980.874 i forhold hertil, bemærkes det, at lejerens fordel ved konvertering ikke alene var knyttet til afdragsdelen af ydelserne, men til halvdelen af de betalte ydelser. I det pågældende tilfælde indebar det, at konvertering ville kunne ske til en pris, der nogenlunde svarede til udstyrets handelsværdi. I øvrigt vil et sådant vilkår vist nok sjældent medføre, at lejereren har ret til at overtage det lejede til en pris under markedsværdien, medmindre scrapværdien er ansat meget højt i kontrakten, eller renteelementet af lejebeløbet er meget stort. Selv om det naturligvis beror på en konkret vurdering, vil et sådant vilkår derfor næppe indicere, at lejereren må forudsættes at skulle blive ejer af det lejede.

En vis kompensation til lejereren i tilfælde af, at afdragsdelen af lejeperiodens har oversteget den faktiske værdiforringelse af det lejede, kan opnås ved at give lejereren en andel af det lejedes salgssum ved lejeperiodens ophør eller en ret til at fortsætte lejemålet til en nedsat leje efter grundperiodens udløb. Et sådant tilfælde forelå i U 1983.334 H.

¹³ Sml. *Poul Gade*: Finansiell leasing s. 355 f., der kun i særlige tilfælde vil tillægge det betydning, at ydelserne fratrækkes i købesummen.

I U 1983.334 H var en lejeaftale for nogle maskiner uopsigelig i 5 år. Derefter skulle lejemålet fortsætte for et år ad gangen mod betaling forud af en leje på 1,5 % af anskaffelssummen. Lejeren havde endvidere mulighed for efter minimumsperiodens udløb at kræve genstandene solgt til en af ham udpeget person og skulle i givet fald have 90 % af den derved indvundne salgssum. Der fandtes ikke at være grundlag for at antage, at det ved kontraktens indgåelse havde været meningen, at lejeren skulle blive ejer af genstandene, ligesom kontraktsforholdet ikke fandtes at have mistet karakter af leje, fordi kontrakten åbnede mulighed for efter minimumsperiodens udløb at opnå en økonomisk fordel ved maskinernes salg til anden side.

Den økonomiske realitet i et vilkår om, at lejeren opnår 90 % af markedsværdien for materiellet ved lejemålets ophør, adskiller sig ikke markant fra en ret til at overtage det lejede; specielt ikke hvis lejeren kan anvise salg til sig selv, da vilkåret i så fald indebærer, at det lejede kan overtages for 10 % af markedsværdien. I det pågældende tilfælde kunne salg kræves til en af lejeren udpeget tredjemand, hvorfor lejeren i hvert fald ikke formelt havde mulighed for at blive ejer af det lejede. At lejeren kan opnå en vis kompensation for en høj markedsværdi ved lejemålets ophør vil i øvrigt være befordrende for opfyldelse af den vedligeholdelsespligt, som normalt påhviler lejeren efter kontrakten. En kompensation for høj markedsværdi ved lejemålets ophør forekommer også af denne årsag velbegrunder, hvilket taler for tilbageholdenhed med hensyn til at antage, at det har været forudsat, at lejeren skal blive ejer af det lejede. Hvis hele markedsværdien af det lejede tilfaldt lejeren ved lejemålets ophør, måtte konklusionen formentlig være, at lejeren forudsattes at skulle blive ejer af det lejede, da det i så fald var kontraktens økonomiske realitet.¹⁴ På den anden side er Højesteret med afgørelsen U 1983.334 H gået ret langt i en anerkendelse af, at lejeren kan tillægges en væsentlig del af det lejedes handelsværdi ved lejemålets ophør, uden at det tages som udtryk for, at det har været forudsat, at lejeren skal blive ejer af det lejede.¹⁵

Omvendt vil en ret for lejeren til at overtage det lejede til markedsværdi normalt ikke kunne begrunde, at han må forudsættes at skulle blive ejer af det lejede. Hvis markedsværdien skal tilsvares, indeholder kontrakten netop ikke i denne henseende økonomiske fordele ved erhvervelse af udstyret. En forkøbsret, der alene indebærer, at lejeren skal tilbydes genstanden til markedsværdi inden salg til anden side, kan heller ikke bringe forholdet ind under lejekøbsreglen.¹⁶

Som nævnt indgår godskrivning af en del af lejebeløbet ved konvertering til køb også i afgørelserne U 1986.1 H og U 2002.182. I disse afgørelser lægges der imidlertid også vægt på andre forhold i begrundelserne. Disse afgørelser skal derfor kort refereres.

U 1986.1 H. Efter at en køber havde afgivet ordre på en pakkemaskine, viste det sig, at han ikke var i stand til at betale købesummen og heller ikke i stand til opfylde mindsteudbetalingskravet ved et afbetalingskøb. Der blev i stedet udarbejdet en to-årig lejekontrakt, der kunne opsiges

¹⁴ Jf. *Poul Gade*: Finansiell leasing s. 354.

¹⁵ Jf. måske for vidtgående *Poul Gade*: Finansiell leasing s. 354 f.

¹⁶ Jf. *Poul Gade*: Finansiell leasing s. 354 f.

efter 6 måneder. Lejebeløbet var beregnet på grundlag af den beregnede afskrivning i perioden tillagt forrentning af maskinens værdi. Endvidere indeholdt kontrakten et vilkår om, at lejereren, såfremt lejemålet ønskedes ændret til et køb, ville blive godskrevet afskrivningsdelen af den betalte leje. I øvrigt havde lejereren givet udtryk for, at man ville købe maskinen, hvis man økonomisk fik mulighed for det. Landsrettens flertal lagde vægt på, at kontrakten indeholdt udtryk, der var typiske for købekontrakter og uden betydning for rene lejekontrakter, samt at den forudgående aftale om køb alene var ændret til en lejeaftale, fordi der ikke kunne præsteres den nødvendige mindsteudbetaling til et afbetalingskøb. Flertallet antog derefter, at det havde været meningen, at lejereren skulle blive ejer af maskinen, og således at hovedparten af lejebeløbene fragik i købesummen. Aftalen var derfor omfattet af afbetalingslovens § 1, stk. 2, og da den i lovens § 1, stk. 4 krævede mindsteudbetaling ikke var præsteret, var ejendomsforbeholdet ikke gyldigt. Afgørelsen stadfæstedes af Højesteret med henvisning til de anførte grunde.

U 2002.182. En virksomhed ønskede at anskaffe et produktionsanlæg, men den kunne ikke selv finansiere anskaffelsen. Efter gennemgang af virksomhedens regnskab ønskede leverandøren ikke at indgå en traditionel leasingaftale, men tilbød at udleje en demomaskine, medens virksomheden skulle betale kontant for specialfremstillet udstyr. I en finansieringsspecifikation var angivet summen af udstyrets pris, som efter fradrag af specialmaskinerne angav restgælden. Restgælden – fratrasket 10 % restværdi – skulle afvikles over 3 år. Vist nok på lejerens initiativ indeholdt kontrakten en ret for lejereren til at overtage udstyret for restværdien efter betaling af 3 års leje. Det antoges, at det havde været meningen, at virksomheden skulle blive ejer af udstyret, jf. KAL § 6, stk. 2. Ejendomsforbeholdet kunne herefter alene anses for gyldigt, hvis det var vedtaget mellem parterne ved en klar og udtrykkelig aftale. Et ejendomsforbehold, der var indeholdt i salgs- og leveringsbetingelserne, og som kun var optrykt på leverandørens eksemplar, kunne ikke anses for vedtaget mellem parterne. Flertallet antog, at aftalens betegnelse af de løbende indbetalinger som leje heller ikke indebar et klart og udtrykkeligt ejendomsforbehold i de maskiner, der ikke var betalt kontant. Heller ikke en forklaring fra leverandørens salgschef derom antoges at bevise, at der var enighed om, at leverandøren skulle have ejendomsforbehold, hvorfor provenuet af maskinerne tilfaldt panthaverne i ejendommen.

Fælles for disse to afgørelser er trods et lidt forskelligt udgangspunkt bl.a., at lejereren ville få godskrevet hele afdragsdelen ved en konvertering til køb. I den førstnævnte direkte udtrykt, i den sidstnævnte ved en ret til at overtage på grundlag af restværdien, der i øvrigt lå væsentligt under markedsværdien. Da lejereren i den førstnævnte havde givet udtryk for, at køberetten ville blive udnyttet, hvis han var i stand til det, og da det økonomisk set måtte være tilsigtet ved den sidstnævnte, synes dette alene at kunne begrunde, at aftalerne betragtedes som lejekøb, jf. om dette spørgsmål foran ved U 1971.887, U 1976.588 og U 1980.874. Det er derfor et spørgsmål, hvor stor vægt der skal lægges på afgørelsernes inddragelse af, at lejeformen kun var valgt, fordi lejereren ikke kunne finansiere anskaffelsen på anden måde. Det er selvsagt momenter, der kan styrke antagelsen om lejekøb i konkrete tilfælde. Men det er momenter, der næppe generelt kan tillægges stor vægt. Finansiell leasing er en finansieringsform blandt andre former. Ønsker den pågældendes pengeinstitut ikke at udvide engagementet, vil finansiell leasing være et alternativ, forudsat en leasinggiver finder kreditværdigheden kombineret med udstyrets værdi tilstrækkelig.¹⁷ Dette kan i hvert fald ikke i sig selv begrunde en omklassifikation. Det

¹⁷ Formen kan naturligvis vælges af mange andre årsager, f.eks. at lejereren ikke ønsker en kapitalbinding i de pågældende aktiver.

fremgår af afgørelserne, at lejeydelsen var beregnet på grundlag af købsprisen, fratrullet restværdien, med et tillæg af rente af det finansierede beløb. Dette moment kan ej heller tillægges særlig vægt, idet det er den sædvanlige måde for beregning af lejen og i øvrigt anerkendt ved U 1973.173 H. Omklassifikation i disse afgørelser må derfor antages at være begrundet i den aftalte ret til overtagelse af det lejede og vilkårene derfor.

3. Virkningen af omklassifikation

Det følger af ordlyden af KAL § 6, stk. 2, at en lejeaftale, hvor det må antages, at lejerens skal blive ejer af det lejede, anses som et køb med ejendomsforbehold. Fra finansiell leasing blev udbredt her i landet, indtil kravet om mindsteudbetaling ophævedes uden for brugerbetaling ved gennemførelsen af kreditkøbsloven i 1982, var det største problem ved omklassifikation, at der typisk ikke var erlagt den mindsteudbetaling, der efter afbetalingslovens § 1, stk. 4 krævedes, for at ejendomsforbeholdet var gyldigt.

Et ejendomsforbehold er forbundet med et køb. En lejeaftale indeholder derfor normalt ikke et ejendomsforbehold. Noget andet er, at en leasingaftale ofte udtrykkeligt nævner, at det lejede forbliver udlejers ejendom, men det ligger i lejebegrebet, at lejerens betaler leje for brugen af et aktiv, der tilhører udlejeren. Betegnelse af kontrakten som en lejeaftale indebærer derfor, at udlejer har forbeholdt sig ejendomsret. Det ligger for så vidt også i formuleringen af KAL § 6, stk. 2, »Som køb med ejendomsforbehold anses også...« Et ejendomsforbehold skal udtrykkeligt være aftalt, men det er det nærmest pr. definition i en lejekontrakt. Ud fra denne opfattelse forekommer flertallets afgørelse i den foran nævnte U 2002.182 betænkelig, idet flertallet antog, at betegnelsen af ydelserne som leje ikke indeholdt et forbehold af ejendomsretten. At ejendomsforbeholdet ikke ansås for vedtaget mellem parterne virker i øvrigt også overraskende på baggrund af, at virksomheds-ejeren trods nogen ukendskab til ejendomsrettens placering ifølge referatet af forklaringerne for skifteretten gav udtryk for, at han opfattede forholdet således, at ejendomsretten tilhørte virksomheden, efterhånden som afdragene blev betalt, og således at anlægget tilhørte virksomheden efter de 3 år og betaling af de sidste 10 %. Det svarer vist meget godt til en jævn opfattelse af et ejendomsforbehold. Når vedkommende tillige forklarede, at man næppe ville have lejet anlægget uden køberetten, tyder det faktisk på nogen forståelse af realiteten. Det er derfor særdeles vanskeligt at følge flertallets opfattelse, hvorefter ejendomsforbeholdet hverken var vedtaget i kraft af betegnelsen lejeaftale eller i øvrigt var vedtaget mellem parterne. Dette ændres ikke af, at ordrebekræftelsen lød på køb af det pågældende udstyr. Grunden til, at det ikke blot blev et køb, var netop, at leverandøren ikke ville give en usikret kredit. Under alle omstændigheder må afgørelsen anses for så konkret begrundet, at den næppe har særlig præjudikatsværdi. På trods af denne afgørelse må det derfor normalt kunne antages, at ejendomsforbeholdet ved omklassifikation af en leasingaftale vil være indeholdt i leasingaftalen.

Omklassifikation medfører i forholdet mellem parterne, at en del af kreditaftalelovens regler finder anvendelse, jf. henvisningsbestemmelserne i lovens §§ 49 og 50. Det indebærer bl.a., at leasinggiver i tilfælde af leasingtagers misligholdelse er

undergivet den tidsmæssige begrænsning på 30 dage, inden tilbagetagelse kan ske, og at leasingtager er berettiget til at indfri restgælden til enhver tid og således, at der ikke skal betales kreditomkostninger for den ubenyttede del af kredittiden, jf. § 27. Det er en opgørelse, der stiller leasingtageren gunstigere end en opgørelse efter en typisk leasingkontrakt. Ved misligholdelse kan leasinggiver vælge mellem udlæg i skyldnerens øvrige formue eller tilbagetagelse, idet der dog kan henvises til tilbagetagelse, hvis udlæg skønnes at ville medføre urimeligt tab eller væsentlig ulempe for leasingtageren, jf. § 51. Ved tilbagetagelse godskrives leasingtager genstandens værdi, jf. § 39. I øvrigt reduceres leasinggiverens krav med kreditomkostninger for den ikke opnåede kredittid, jf. henvisningen til § 38 i § 50. I modsætning til forbrugerkøb kan der dog foretages udlæg for leasinggivers restfordring, et udlæg der kan foretages på grundlag af fogedrettens opgørelse ved tilbagetagelsen, jf. § 51, stk. 3.

Omklassifikation kan ikke alene ske på leasingtagers initiativ. Også andre, der vil kunne opnå en ret ved omklassifikation, kan påstå omklassifikation. Driver leasingtageren virksomhed fra egen ejendom, vil det for så vidt angår lejet driftsmateriel og driftsinventar ofte være panthavere i ejendommen, der i medfør af tinglysningslovens § 37 vil kunne tilegne sig friværdien i genstanden eller, hvis ejendomsforbeholdet undtagelsesvis ikke er gyldigt, hele genstandens værdi, således som det var tilfældet i U 2002.182. Drives virksomheden fra lejede lokaler, vil en panteret i løsøret efter tinglysningslovens § 47 b, stk. 2, have samme effekt som tinglysningslovens § 37. For aktiver, der ikke gribes af tilbehørspanteret efter de nævnte bestemmelser, vil det være leasingtagerens eventuelle konkursbo, der vil have interesse i omklassifikation. Også individualforfølgende kreditorer vil kunne foretage udlæg i genstande, der er behæftet med ejendomsforbehold, hvorfor udlæg må kunne foretages i kraft af omklassifikation. For driftsinventar og driftsmateriel har dette imidlertid ikke betydning, men for andre aktiver kan det have effekt, herunder nok i særlig grad i registrerede motorkøretøjer. Specielt for registrerede motorkøretøjer må omklassifikation medføre en drastisk konsekvens. For sådanne må ejendomsforbehold antages at være usikrede, idet ejendomsforbehold i registrerede bilbogsaktiver skal tinglyses i bilbogen, jf. tinglysningslovens § 42 d, for at opnå beskyttelse mod aftaler i god tro og mod retsforfølgning.

Skattemæssigt medfører omklassifikation, at leasinggiver ikke, men derimod leasingtager anses for ejer af udstyret. Det indebærer, at leasinggiver ikke kan afskrive på udstyret. Til gengæld skal afdragsdelen af det finansierede beløb ikke indtægtsføres, idet denne del anses for afdrag på lån. For leasingtager medfører omklassifikationen i overensstemmelse hermed, at der ikke er fradrag for afdragsdelen af leasingydelsen, men til gengæld er der afskrivningsret på aktivet. Rentedelen af leasingydelsen vil naturligvis være skattepligtig indtægt for leasinggiver og udgift for leasingtager på samme måde som hele leasingydelsen ville have været uden omklassifikation.¹⁸ Disse virkninger vil have betydning for likviditeten i kontrakten for begge parter.

¹⁸ Jf. f.eks. *Jens Oluf Engholm Jacobsen, Jan Pedersen, Kurt Siggard & Niels Winther-Sørensen: Skatteretten* 2 s.110 ff.

Det er et spørgsmål, om skatteretten er bundet af den civilretlige kvalifikation af aftalen. Der kan næppe være tvivl om, at en civilretlig omklassifikation også må tillægges skatteretlig virkning. Har leasingtageren f.eks. benyttet sig af en indløsningsret og indfriet restgælden efter KAL § 27, må denne realitet også skatteretligt lægges til grund.

I almindelighed må det formentlig være udelukket, at der skatteretligt kan foretages omklassifikation af en leasingaftale til lejekøb, hvis den ikke kan omklassificeres civilretligt. Det må have formodningen imod sig, at likviditeten i kontrakten kan forskydes, uden at parterne selv ville kunne støtte ret på en sådan omklassifikation i øvrigt. I en række tilfælde – ofte i de såkaldte 10-mandsprojekter – er der sket tilsidesættelse af den formelle konstruktion, der har haft til formål at skaffe en skatteyder afskrivningsret på aktiver, uden at der var forbundet en reel erhvervsmæssig hæftelse og risiko ved projektet, jf. navnlig afgørelserne U 2001.556 H (TfS 2000.1011), U 2000.1509 H (TfS 2000.374), TfS 2002.151 (under anke), TfS 2001.739¹⁹ og TfS 2001.731 samt forligene i TfS 2001.952²⁰ og TfS 2001.955.²¹ Disse afgørelser og forlig bygger alle på en manglende realitet i projekterne.²² At man skatteretligt kan tilsidesætte formelle konstruktioner uden reelt indhold,²³ er ikke et holdbart argument for, at der skatteretligt generelt kan foretages omklassifikation. I almindelige forretningsmæssige leasingkontrakter må skatteretten antages at være bundet af civilretten.²⁴ Faktisk er det en civilretlig norm, der giver grundlag for omklassifikation, nemlig KAL § 6, stk. 2. Afgørelsen i TfS 1995.198, hvor der skatteretligt skete omklassifikation, ville så vidt ses også civilretligt kunne omklassificeres, idet kontrakten indeholdt en køberet for 10 % af kostprisen ved udløb af lejeperioden, jf. herom foran i afsnit 2.1.

¹⁹ Kommenteret af Tyge Petersen i TfS 2001.976.

²⁰ Kommenteret i TfS 2001.975.

²¹ Kommenteret i TfS 2001.974.

²² Jf. nærmere om realitet *Jens Oluf Engholm Jacobsen, Jan Pedersen, Kurt Siggard & Niels Winther-Sørensen*: Skatteretten 1 s. 116 ff., særlig s. 126 f. og 130, *John Engsig, Lida Hulgaard, Aage Michelsen & Margrethe Nørgaard*: Lærebog om indkomstskat s. 900 f., *Jørgen Nørgaard*: J. 2001.65 samt *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse.

²³ Det er i øvrigt et spørgsmål, der ikke nærmere skal forfølges her, om den civilretlige konstruktion tilsidesættes i skatteretlig henseende, eller om skatteretten ikke blot følger civilretten, idet indholdet reelt er, at der ikke skal udveksles ydelser mellem parterne, ligesom der ikke reelt er knyttet risiko til projektet.

²⁴ *Jens Oluf Engholm Jacobsen, Jan Pedersen, Kurt Siggard & Niels Winther-Sørensen*: Skatteretten 1 s. 54 ff., *Aage Michelsen*: R & R 1975 s. 142 f. Vist nok i realiteten tilsvarende *Poul Gade*: Finansiell leasing s. 361 ff. Jf. tillige Ligningsvejledning Erhvervsdrivende 2001 s. 213 ff.

4. Afsluttende bemærkninger

Finansielle leasingkontrakter gav i perioden indtil afskaffelse af kravet om mindsteudbetaling ved afbetalingskøb uden for forbrugerforhold anledning til en del retsafgørelser med hensyn til, om der kunne foretages omklassifikation til et køb med ejendomsforbehold. Den store opmærksomhed på problemet dengang skyldtes formentlig dels, at fænomenet finansiell leasing var relativt nyt og uprøvet her i landet, dels at virkningen typisk var, at ejendomsforbeholdet var ugyldigt.

Nu vil virkningen typisk – når bortses fra registrerede motorkøretøjer – være indskrænket til den måde, hvorpå mellemværendet mellem parterne skal opgøres, spørgsmålet om en eventuel friværdi samt de skatteretlige følger. Disse spørgsmål har også efter omstændighederne stor økonomisk betydning. Når der alligevel kun ses få sager nu, skyldes det formentlig særlig, at leasingselskaberne i almindelighed holder deres kontraktsformularer uden for risikozonen for omklassifikation.

Tankevækkende er det imidlertid, at KAL § 6, stk. 2, der er tænkt som en beskyttelsesregel i forhold til lejere af løsøre, har den effekt, at der ikke kan tilsiges en leasingtager en ret til at overtage det lejede for den angivne scrapværdi, når det lejede – bortset fra denne scrapværdi – er betalt med tillæg af renter. At det tilsyneladende ikke giver anledning til misbrug skyldes formentlig konkurrencesituationen inden for branchen. Et selskab, der blev kendt for ikke at finde rimelige vilkår i forhold til leasingtageren ved udløb af kontrakterne, ville have vanskeligt ved at gøre sig gældende på markedet. Alligevel ville det kunne være hensigtsmæssigt at begrænse KAL § 6, stk. 2 til forbrugerkøb.

Harmonisering mellem nærtstående retssystemer – et eksempel fra selskabsretten

af

Jan Timmermann Pedersen

Med et eksempel fra selskabsretten belyses nogle problemer vedrørende harmonisering mellem specialregler. Der fokuseres på, hvordan en tilsyneladende fuldstændig harmonisering i realiteten dækker over en meget forskellig retsanvendelse, som fremkommer på grund af forskelle i den almene obligationsret. Grunden til valget af selskabsretten som eksempel skal søges i, at netop aktieselskabslovgivningen og de omhandlede ansvarsbestemmelser blev indført i de danske og svenske aktieselskabslove på grundlag af en Betænkning om en Fællesnordisk Aktieselskabslovgivning.¹

Den danske aktieselskabslov

For dansk rets vedkommende gælder det for den personkreds, der deltager i stiftelsen og driften af et aktieselskab, at ansvaret er hjemlet i aktieselskabsloven (ASL). Der er med lovændringen af aktieselskabsloven i 1973 indsat en almindelig ansvarsregel i ASL § 140:

»Stiftere, bestyrelsesmedlemmer og direktører, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet selskabet skade, er pligtige at erstatte denne. Det samme gælder, når skaden er tilføjet aktionærer, selskabets kreditorer eller tredjemand ved overtrædelse af denne lov eller vedtægterne.«²

Konkret fastlægger ASL § 140 ansvaret i to situationer. *Den første situation* er den, hvor en deltager i den opremsede personkreds påfører selskabet skade, jf. ASL § 140, 1. pkt. Dette kan ske ved direkte forvoldelse af skade på selskabets ejendom, eller ved en situation, hvor skadevolder pådrager selskabet et ansvar over for tredjemand, og selskabet derfor kan udøve regres over for ledelsen. Eksempelvis en direktør, der som led i sin forvaltning af selskabets interesser skader tredjemand, og denne derfor får et krav mod selskabet, jf. DL 3-19-2. Der kan også være tilfælde, hvor et medlem af ledelsen er skyld i manglende opfyldelse af en kontrakt og selskabet derfor må yde erstatning for manglende opfyldelse. *Den anden situation*,

¹ Bet. nr. 540/1969.

² Indsat ved L 1973 nr. 370. Den oprindelige ASL § 140 indeholdt en bestemmelse, som påpegede ansvaret ved værdiansættelsen, dette blev ændret til den nuværende form ved L 1982 nr. 282, uden at dette havde andet end redaktionel betydning.

der fastlægges i ASL § 140, 2. pkt., er den, hvor en deltager i ledelsen skader aktionærer eller tredjemand, og skadelidte er interesseret i at gøre et krav gældende direkte mod den ansvarlige handlende.

ASL § 140, 1. pkt. fastlægger, at man som deltager i ledelsen af et aktieselskab kan blive ansvarlig for den skade, man uagtsomt eller forsætligt påfører selskabet. Denne bestemmelse angiver udelukkende, at man som ledelse bliver ansvarlig på almindeligt grundlag for culpøse handlinger. Dette fremgår direkte af termerne forsætligt eller uagtsomt, hvilket er en anden måde at udtrykke begrebet culpa på. Der synes ikke ved indførelsen af bestemmelsen at være noget, der angiver, at det har været tilsigtet at ændre på ansvaret for deltagere i ledelsen af selskaber.³ Indsættelsen af ASL § 140, 1. pkt. synes derfor udelukkende at være foretaget af pædagogiske grunde. Det oprindelige forslag til en ansvarsbestemmelse i Bet. 362/1964 indeholdt kun, hvad der svarer til ASL § 140, 1. pkt. At holdningen til ansvarsreglerne i ASL ikke har ændret sig efter indførelsen af erstatningsansvarsloven kan ses ved senere gennemgange af ansvarsreglerne, hvor der ikke påpeges noget behov for ændring.⁴

ASL § 140, 2. pkt. fastlægger ledelsens direkte ansvar over for aktionærer, kreditorer eller tredjemand. ASL § 140, 2. pkt. er ikke en bestemmelse, der som ASL § 140, 1. pkt. sprogligt fastlægger et almindeligt culpaansvar. Det særlige ved ASL § 140, 2. pkt. er, at slutning alene ud fra ordlyden ville medføre, at ikke alle forskriftovertrædelser ville udløse ansvar. Dermed fremstår ASL § 140, 2. pkt. efter sin ordlyd som en ansvarsbegrænsning, således at det kun er overtrædelse af kvalificerede normer, der medfører ansvar. Dette har dog ikke været meningen med bestemmelsen, hvilket fremgår direkte af forarbejderne og ligeledes støttes i teorien.⁵ Der synes imidlertid ikke i den danske teori eller offentliggjorte forarbejder at være nogen forklaring på, hvorfor man netop indsætter ASL § 140, 2. pkt. Det nærmeste,

³ Dette fremgår af Bet. 362/1964 s. 195, hvor det påpeges: »Bestemmelsen indfører ikke en særlig ansvarsregel på dette område, men indeholder i realiteten en henvisning til dansk rets almindelige erstatningsregler.«

⁴ At ASL § 140 skal ses som en kodifikation af de før 1973 gældende regler kan bl. a. ses i Bet. 1229/1992 s. 96, hvor det anføres, at lovfæstningen ansås at have: »både en forebyggende pædagogisk virkning og en værdi som en klargørelse af retstilstanden, uanset at den lovfæstede regel stemmer overens med den også før loven af 1973 gældende ret.« S. 98 anføres desuden med henblik på vurderingen af et behov for ændring af ansvarsreglerne: »Det er efter panelets opfattelse lykkedes for domstolene på grundlag af den gældende almindelige erstatningsret at nå til rimelige og acceptable resultater, og det må anses for hensigtsmæssigt at overlade retsudviklingen på det pågældende område til domstolenes praksis.«

⁵ For ASL § 140, 2. pkt., fremgår forholdet til de almindelige erstatningsretlige regler af Bet. 540/1969 s. 176, hvor det, om det, der senere blev til ASL § 140, 2. pkt., anføres, at den nævnte personkreds: »kan have erstatningsansvar overfor andre end selskabet...Der er for så vidt intet nyt heri. Men den udtrykkelige fremhævelse heraf er naturlig ved siden af de positive regler i stk. 1 (ASL § 140, 1. pkt.) om ansvaret over for selskabet.« (min tilføjelse). Af teori kan nævnes *Søren Friis Hansen*: Lærebog i selskabsret II, 2000 s. 28, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2002, s. 46, *T. Sofrud*: Bestyrelsens beslutning og ansvar, 1999, s. 8, 294.

man kommer dette, er, at bestemmelsen er indføjet af pædagogiske grunde. Det forekommer ikke overbevisende, at en bestemmelse, der efter sin ordlyd begrænser ansvaret, men som reelt fastholder et almindeligt culpaansvar, skulle være indført af pædagogiske grunde.

Det er ikke et ukendt fænomen i erstatningsretten, at man indfører bestemmelser til præcisering af ansvaret ved udtrykkeligt at fremhæve normerne på et område. Det er omstridt, om sådanne fremhævelser er mere end blot præciseringer, eller om de også har en effekt på selve culpabedømmelsen. Ræsonnementet er, at når en norm fastsættes i tekst, vil domstolene have nemmere ved at anvende denne norm i retsanvendelsen. Det er antagelig rigtigt, at jo mere præcist en norm fastsættes i speciallovgivning, des oftere vil domstolene anse overtrædelser af normen som culpa.⁶ I forbindelse med kodificering af normer er det særlige ved ASL § 140, 2. pkt., at denne bestemmelse ikke i sig selv er en kodificering af normer. ASL § 140, 2. pkt. er blot en henvisning til de to vigtigste grundlag for fastlæggelsen af ansvar for ledere i selskaber. Det pædagogiske i bestemmelsen er begrænset til, at den påpeger nogle af de vigtigste normer, som ledelsen forventes at overholde. Bestemmelsen forekommer derfor på grund af sin konstruktion ikke særlig pædagogisk.⁷

Svensk ret

I svensk ret findes en bestemmelse i aktieselskabslovens kap. 15, § 1, som er meget lig den danske bestemmelse. Dette er ikke overraskende, idet selskabslovene er et resultat af et nordisk samarbejde.⁸ Da den danske ansvarsbestemmelse ikke synes særlig velbegrunder, kunne det derfor være interessant at analysere den stort set tilsvarende svenske bestemmelse i lyset af den svenske erstatningsret for at se, om dette kan begrunde indførelsen af en særlig ansvarsbestemmelse.

En sammenlignende analyse er interessant for at finde ligheder og forskelle på ansvaret i den danske og svenske aktieselskabsret herunder, om de danske og svenske regler er så ens, som det sproglige umiddelbart lader formode. En sammenlignende analyse er ligeledes interessant, fordi den kan medvirke til at belyse forskelle og ligheder i den generelle erstatningsret samt samspillet mellem de generelle erstatningsregler og aktieselskabslovens specielle regler.

⁶ For en sådan diskussion se *Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret*, 2002, s. 417, vedrørende en i ASL § 56, stk. 5 og § 54, stk. 3, 1. pkt. foretaget kodificering af kravene, hvor forfatteren i en henvisning til en diskussion om emnet anfører, at ved præcisering af normer sker der antagelig en bevægelse mod en strengere bedømmelse af ansvaret.

⁷ Det er da også anført, at ASL § 140, 2. pkt. burde være fjernet, som det er sket i norsk ret. Se *Bernhard Gornard i K.J. Hopt/ G. Teubner: Corporate Governance and Directors' liability*, 1985, s. 210, hvor han om ASL § 140, 2. pkt. direkte anfører: »The distinction was deleted in the Norwegian Companies Act (Art. 15. 1), and it should have been deleted in the Danish Act as well.«

⁸ Den for ansvarsreglerne vigtige Bet. 540/1969 er en fælles nordisk betænkning.

Bestemmelsen har følgende formulering i den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1:

»En stiftare, styrelseledamot eller verkställande direktör som när han fullgör sitt uppdrag uppsätligen eller av oaktsamhet skadar bolaget, skall ersätta skadan. Det samme gäller när skadan tillfogas en aktieägare eller någon annan genom överträdelse af denne lag, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen.«

Som det fremgår, er ansvarsreglen for deltagere i ledelsen af svenske aktieselskaber meget lig den danske ASL § 140.⁹ Der er ikke den store sproglige forskel. Ved enkelte elementer er der dog mindre sproglig forskel, som har afgørende betydning. Ved andre elementer er der trods sproglig lighed en afgørende forskel i retsvirkningen.

Direktører

Vedrørende direktørens ansvar henvises til en bestemt form for direktører, en såkaldt verkställande direktör.¹⁰ Denne direktør er ifølge den svenske aktieselskabsret en særlig direktør, som har det øverste og endelige ansvar i direktionen. Det særlige for den verkställande direktör er, at det kun er denne bestemte direktør, der ved direkte fastlæggelse i ansvarsbestemmelse er udskilt fra andre direktører i selskaber og ansvarsmæssigt placeret sammen med den øvrige ledelse af selskabet. En position svarende til den verkställande direktör findes i dansk ret i form af den administrerende direktør. Denne er dog ikke særskilt indsat i ansvarsbestemmelsen, og der skelnes i den danske aktieselskabslovs ansvarsbestemmelse ikke mellem administrerende direktører og andre direktører. Dette må medføre, at den svenske regel, for så vidt det drejer sig om direktører, anvendes på en snævrere kreds. Konkret er det kun én person per selskab.

Da den verkställande direktör og de almindelige direktører ansvarsmæssigt åbenbart behandles forskelligt, må der derfor vedrørende direktøransvaret i svensk ret skelnes mellem direktørers ansvar og verkställande direktörers ansvar. Såfremt der er tale om en verkställande direktör, skal det yderligere vurderes, om denne

⁹ Kap. 15, § 1 i den svenske aktieselskabslov danner, som i dansk ret, ligeledes model for fastlæggelsen af ansvaret i visse andre former for virksomheder. I svensk ret gælder dette ansvar i medfør af kap. 13 i lag om ekonomiska föreningar (1987:667).

¹⁰ I offentlige aktieselskaber (nærmest som danske aktieselskaber) er der et krav om, at der skal vælges en verkställande direktör jf. den svenske aktieselskabslov kap. 8, § 23. I ikke-offentlige aktieselskaber (nærmest svarende til danske anpartsselskaber) kan der vælges en verkställande direktör. Der kan i begge tilfælde kun vælges én direktör (og en suppleant/vice verkställande direktör). Verktällande direktörer skal forestå den løbende forvaltning af selskabets aktiviteter på grundlag af bestyrelsens anvisninger, jf. den svenske aktieselskabslovs kap. 8, § 25. Denne person pålægges dermed et særligt ansvar. Der følger med dette ansvar en absolut ledelsesmagt i forhold til eventuelle andre direktører i selskabet, jf. S. Johansson: Nials svensk Associationsrätt 8. upplagan, 2001, s. 116.

konkret handlede i sin egenskab af verkställande direktør¹¹ Er dette ikke tilfældet, er det de gældende ansvarsregler for det pågældende forhold, der finder anvendelse.¹² Effekten af dette må være, at selv om man udøver ledelsesfunktioner, bliver man ikke automatisk ansvarlig efter de strenge ansvarsregler i den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1.¹³ Direktøransvar efter denne bestemmelse må forudsætte, at man er indsat i netop denne stilling, hvilket, jf. den svenske aktieselskabslovs kap. 8, § 23, er en formel udnævnelse.

I erstatningsretlig sammenhæng er verkställande direktörer desuden særlige i forhold til danske direktører derved, at disse ikke er omfattet af reglerne om objektivt ansvar for den ansattes handlinger.¹⁴

Direktører som ikke er verkställande direktörer anses ikke for ansvarlige efter den svenske aktieselskabslov, men disse anses som ansatte og behandles dermed fuldt ud som ansatte både hvad angår selskabets ansvar og direktørens ansvar. Almindelige direktører er i svensk ret omfattet af den svenske skadeserstatningslovs kap 4, § 1, der er meget lig den danske EAL § 23. Disse regler fratager reelt den ansatte direktør en stor del af det ansvar, som er gældende efter de almindelige erstatningsretlige regler. Dette sker ikke i dansk ret, hvor ASL § 140 fastholder et ansvar efter de almindelige erstatningsretlige regler, og lempelse kun kan ske i særlige tilfælde, jf. ASL § 143, som giver ikke adgang til lempelse i samme udstrækning som EAL § 23.

Med hensyn til regres mod den eller de ansvarlige fra selskabets side er dette ikke af samme relevans ved den svenske aktieselskabslov som ved de danske regler. Det svenske aktieselskab er ikke objektivt ansvarlig for sin verkställande direktör, der skal derfor foreligge et ansvarsgrundlag for selskabet, for at dette kan blive solidarisk ansvarligt med sin verkställande direktör.

Kreditorer og årsregnskabslov

I den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1, 2. pkt. henvises til, at den i bestemmelsens første punktum nævnte personkreds er ansvarlig over for aktionærer og andre ved overtrædelse af aktieselskabsloven, lov om årsregnskab eller vedtægterne. I den danske ASL § 140 nævnes kreditorer særskilt i denne forbindelse. Denne forskel er

¹¹ En lignende adskillelse kunne tænkes i dansk ret. Direktører ville så kun være omfattet af ASL § 140, når de foretog handlinger, der var et led i udførelsen af deres *hverv* som direktører, jf. ASL § 54, stk. 2. En sådan opdeling ville antagelig finde gehør ved domstolene. I dansk ret ville man dog næppe gå så vidt, at man antog, at direktører blev holdt uden for arbejdsgiveransvaret i DL 3-19-2. Men antagelsen kunne i givet fald være, at når en direktør *ikke* handlede som led i sit hverv, ville han være underkastet de almindelige erstatningsretlige regler, herunder reglerne for ansattes ansvar og lempelsen af dette.

¹² S. Johansson: Nials svensk Associationsrätt 8. upplagan, 2001, s. 343.

¹³ Nedenfor anføres, hvorfor den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1 må anses som strengere, end dens danske pendant.

¹⁴ Jf. Svensk Karnov 2001/02, s. 1145 note 38 med yderligere henvisninger.

uden betydning. Den svenske regel vil antagelig også omfatte kreditorer, idet disse vil falde under betegnelsen andre.

I den danske ASL § 140 nævnes årsregnskabsloven ikke særskilt. Da denne del af den danske bestemmelse er uden reel erstatningsretlig betydning, er denne forskel uinteressant.

Tabsopgørelsen

Noget, som er helt specielt ved den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1 i forhold til den danske ASL § 140, er, at i den udstrækning ansvaret fastlægges på grundlag af kap. 15, § 1 i den svenske aktieselskabslov, vil skadelidte kunne kræve også almindeligt formuetab erstattet.¹⁵ Dette er også gældende ved erstatning uden for kontrakt. Den anderledes opgørelse af tabet er muligvis den egentlige bevæggrund til overhovedet at have en særlig regel med ansvar i den svenske aktieselskabslov.

At den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1 giver erstatning for almindeligt formuetab medfører, at den svenske regel ikke som sin danske pendant kun er en fastlæggelse af en i øvrigt almindeligt gældende erstatningsret. Den svenske bestemmelse er udtryk for et ønske om at pålægge en særlig erstatning.

I dansk ret gives der sædvanligvis ikke erstatning for almindeligt formuetab ved erstatning uden for kontrakt, og dette tilstræbes ikke i medfør af ASL § 140. Den danske regel er derfor ikke udslag af et ønske om at pålægge et sådant ansvar. I dansk ret opgøres tabet i medfør af specielle ansvarsregler og de generelle regler efter de samme kriterier. Den svenske ansvarsregel i aktieselskabsloven er derimod direkte motiveret af et ønske om at udvide skadelidtes erstatningskrav.

Vedrørende tabsopgørelsen opstår der dermed en klar forskel mellem den svenske og danske regel. Denne forskel understreger karakteren af den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1 som en stramning i forhold til de generelle erstatningsretlige regler. For direkte skadeforvoldelse på selskabet og for skade på tredjemand må ledelsen derfor forvente at skulle dække også almindeligt formuetab.¹⁶ En situation som U 1982.595 H¹⁷ ville derfor antagelig efter svensk ret have ført til et anderledes og for medkontrahenten bedre resultat.

¹⁵ Jf. S. Andersson m.fl.: Aktiebolagslagen kommentar, 2000, del II, Kap. 15, s. 2 med henvisninger til bl. a. forarbejderne. Dette er meget forskelligt fra dansk ret, hvor man synes at operere med et entydigt tabsbegreb og normalt ikke i erstatningsretlig sammenhæng regulerer ved at ændre på tabsopgørelsen. I de generelle regler i den svenske skadeserstatningslovs kap. 2, § 4 findes direkte hjemmel, som muliggør at tilkende erstatning ved almindeligt formuetab, såfremt handlingen anses som strafbar i medfør af den svenske straffelov.

¹⁶ Således J. Kleineman: Ren Förmögenhetsskada, 1987, s. 303 midt, hvor han vedrørende ansvarsreglerne for konkursforvaltere og ansvarsreglerne i selskabsretten konkluderer: »Överhuvud kan det antagas att normskyddsläran fungerar som et utgångspunkt för bedömning af skadestandsansvaret för ren förmögensskada för yrkesutövara som uppträder publikt och som har omsorgsforpligtelser även mot andra än kontraktsparter.«

¹⁷ Sagen drejede sig om en direktør, som indkøbte på kredit efter at han burde vide, at selskabet ikke ville kunne opfylde kravene. Konkret tilkendte Højesteret kun en erstatning til sælger, der svarede til sælgers indkøbspris. Der blev ikke givet erstatning for tab af avance.

Når man i svensk ret har inddraget også det rene formuetab i ansvaret, jf. den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1, er erstatningen i disse tilfælde kommet tættere på og er muligvis lig med den erstatning, som et hæftelsesansvar ville udløse. Dette må medføre, at en motivation i retning af at udvikle og anvende et hæftelsesansvar i tilfælde, der er omfattet af den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1, er mindre end den tilsvarende motivation efter dansk ret, idet man i svensk ret ikke har det samme økonomiske incitament til at forsøge at få statueret et sådant hæftelsesansvar.

Kap. 15, § 1, 2. pkt.

At kap. 15, § 1 i den svenske aktieselskabslov også omfatter erstatning for almindeligt formuetab, giver kap. 15, § 1, 2. pkt. en mening til forskel fra den danske ASL § 140, 2. pkt.

I den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1, 2. pkt. fastlægges ledelsens ansvar over for tredjemand i de tilfælde, hvor ledelsen agerer culpøst ved at overtræde den svenske aktieselskabslov, den svenske årsregnskabslov eller vedtægterne.

Umiddelbart skulle man tro, at kap. 15, § 1, 2. pkt. var en ansvarsbegrænsning, således at ansvar uden for overtrædelse af disse forskrifter ikke var mulig.¹⁸ Dette er *ikke* tilfældet. Opremsningen af forskrifter i sammenhæng med den udvidelse af tabet, som ligger i den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1, får den betydning, at tredjemand, i tilfælde af, at det culpøse forhold kan føres tilbage til overtrædelse af en af de nævnte forskrifter, vil kunne opnå erstatning også for almindeligt formuetab. Det er *ikke* hensigten med denne bestemmelse at begrænse ledelsens ansvar til overtrædelse af de nævnte forskrifter. Derimod er hensigten med kap. 15, § 1, 2. pkt., at udvide ledelsens ansvar ved overtrædelsen af netop de nævnte forskrifter, således at skadelidte i disse tilfælde kan kræve også almindeligt formuetab dækket.¹⁹ Ved overtrædelse af andre forskrifter må man som skadelidt lade sig nøje med den normale tabsopgørelse.

I dansk ret, hvor man ikke giver erstatning for almindelig formueskade i medfør af ASL § 140 2. pkt., er denne bestemmelses opremsning reelt indholdsløs. Den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1, 2. pkt. har derimod en konkret erstatningsretlig effekt.

Forholdet til den almindelige erstatningsret

ASL § 140 følger, som anført, den almindelige danske erstatningsret og er i overensstemmelse med denne. Der er måske en mindre uoverensstemmelse med de nyere generelle regler vedrørende ansattes ansvar, men dette er sandsynligvis ikke tilsigtet.

Den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1 er, da den regulerer ikke bare ansvaret, men også tabsopgørelsen, udtryk for en særlig måde at regulere erstatningsansvaret

¹⁸ Betegnelsen *forskrifter* bruges bevidst for at påpege forbindelsen til det moderne culpabegreb, hvor netop overtrædelsen af en forskrift er det centrale element.

¹⁹ S. Johansson: Nials svensk Associationsrätt 8. upplagan, 2001, s. 349 øverst.

på. Et andet eksempel på denne form findes i den svenske skadeserstatningslovs kap. 2, § 4, hvor der gives direkte hjemmel for at tilkende erstatning for almindelig formueskade, såfremt handlingen anses som strafbar i medfør af den svenske straffelov. Den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1 forekommer derfor i fuld overensstemmelse med den generelle svenske erstatningsretlige regulering, hvor der ved særlig hjemmel for erstatning tilkendes erstatning også for almindeligt formuetab.

Generel konklusion

I artiklen er påvist afgørende forskelle mellem den danske aktieselskabslovs § 140 og den svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1. Set ud fra en harmoniseringsmæssig synsvinkel betyder dette, at en harmonisering ikke er gennemført blot med indførelsen af enslydende eller næsten enslydende specialregler. En sådan harmonisering synes ikke i alle tilfælde at føre til lighed i retsanvendelsen. End ikke ved retssystemer, som er så nært beslægtede som det danske og det svenske, kan en harmonisering ske blot ved gennemførelse af enslydende bestemmelser.

En hindring for en fuldstændig harmonisering mellem forskellige retssystemer gennem specialregler ligger i forholdet mellem specialregler og de generelle regler. Når man forsøger at harmonisere inden for et specialområde, vil reguleringen på dette område i det enkelte land skulle fortolkes ud fra og i forhold til de generelle regler, der eksisterer i det pågældende retssystem. Dette sker naturligt for at skabe enhed i det enkelte retssystem. Er der derfor mellem de retssystemer, man ønsker at harmonisere, forskelle i de generelle retssystemer, kan dette give sig udslag i, at enslydende specialregler anvendes forskelligt.

Den danske aktieselskabslovs § 140 og den nærmest enslydende svenske aktieselskabslovs kap. 15, § 1 kan i denne forbindelse ses som et eksempel på, at forskelle i den generelle erstatningsret med hensyn til tabsopgørelsen ved specialbestemmelser medfører en afgørende forskel i anvendelsen af disse to bestemmelser. Harmoniseringen på dette område må efter analysen siges kun at være en tilsyneladende harmonisering.

En anden forskel er, at selv små konkrete forskelle i retssystemerne kan medføre, at en direkte kopiering af bestemmelser fra et retssystem til et andet medfører retsvirkninger, som ikke var tilsigtet.

Et eksempel, hvor dette sker, ses ovenfor i gennemgangen af ansvarsregler vedrørende direktører i aktieselskaber. I dansk ret skabes og opretholdes en specialregel vedrørende direktørers ansvar med grundlag i en harmoniseringstanke uden øje for den mindre grad af formalitet med hensyn til direktører, denne regel er indbygget i den danske selskabsret.

Reelt findes der i svensk ret to former for direktører, den almindelige direktør og den verkställande direktör. De svenske ansvarsregler i aktieselskabsloven regulerer kun ansvaret for den specielle form, som den verkställande direktör udgør. Ved at skabe og opretholde en lignende bestemmelse i dansk ret, hvor der ikke eksisterer flere former for direktører, kommer den danske bestemmelse til at omfatte alle direktører. Derved kommer man erstatningsretligt til at ligestille en almindelig dansk

direktør med en speciel form for direktør i svenske aktieselskaber, som er tillagt en særlig status både formelt og reelt.

Den erstatningsretlige effekt af dette for det danske system er, at almindelige ansatte direktører i danske aktieselskaber ikke er omfattet af de generelle regler for den ansattes ansvar i den danske erstatningsansvarslov. Her er især den manglende mulighed for anvendelse af de for ansatte meget positive lempelsesregler i EAL § 23, der er relevant.

Konklusionen må være, at harmonisering absolut er fremtiden, men at harmonisering via specialregler muligvis ikke er den bedste metode til at opnå harmonisering. Vedtagelsen af enslydende specialregler har åbenbart ikke ført til harmonisering på retsområde, der er så nært beslægtet som de danske og svenske aktieselskabsregler.

Det kan derfor fremføres, at den ideelle harmonisering antagelig ville være, at man skabte fælles generelle regler på centrale områder og derefter harmoniserede specialreglerne. De politiske muligheder for en sådan form for harmonisering er sandsynligvis ikke store.

Udtagningsmoms og moms af værdi af eget arbejde

af

Susanne Pedersen

1. Indledning

Emnet for nærværende artikel har vist sig at være mere aktuelt, end jeg først havde antaget. Anledningen til, at jeg ville behandle reglerne om håndværkeres moms af værdi af eget arbejde, var en kendelse afsagt af Landsskatteretten den 24. august 2001¹ offentliggjort i TfS 2001,830², og at emnet lå i naturlig forlængelse af min artikel om de skattemæssige regler om beskatning af værdi af eget arbejde, mestersalær og hovedentreprenørsalær³. Endvidere var jeg blevet opmærksom på, at der i momsloven var særlige regler for udtagningsmoms, når det drejer sig om udtagning i forbindelse med byggeri mv. Det var således meningen at foretage en kritisk gennemgang af disse regler. Men skatteministeren overhalede mig indenom. Den 4. november 2002 offentliggjorde Skatteministeriet en rapport om »Vennetjener/sort arbejde, eget arbejde, forbrug af egne varer, produkter og ydelser samt personalegoder« udarbejdet af en arbejdsgruppe bestående af personer fra Departementet og Told- og Skattestyrelsen. Denne rapport udmøntede sig i et lovforslag, som blev en del af aftalen mellem regeringen og Dansk Folkeparti om finansloven for 2003. Lovforslag nr. L 81 om ændring af ligningsloven og momsloven (Fritagelse for skat og moms af værdi af eget arbejde) blev fremsat den 7. november 2002⁴. Lovforslaget blev vedtaget den 10. december 2002, og loven skal have virkning fra 1. januar 2003. Det har betydet, at artiklen har fået et lidt andet sigte end oprindeligt tiltænkt, da loven netop retter op på nogle af de uhensigtsmæssigheder, som jeg fandt, der var ved de hidtil gældende regler.

Det overordnede formål med loven er at gennemføre en skatte- og momsmæssig⁵ ligestilling af håndværkeres udtagning af varer og ydelser fra egen virksomhed med andre erhvervsgrupper, samt en ligestilling ved udførelse af eget arbejde, således at

¹ Journal nr. 2-6-1661-0015.

² Kendelsen er af skatteyderen anket til landsretten. Landsretsdommen er ikke afsagt ved denne artikels deadline.

³ SR-skat nr. 7-98 s. 377-414.

⁴ FT 2002/2003 Tillæg A sp. 1907 og sp. 1890 ff.

⁵ Det er alene den momsmæssige del af loven, der vil blive behandlet i nærværende artikel. Den skattemæssige del vil blive behandlet i en senere artikel.

bygningshåndværkere mv. på lige fod med andre personer kan udføre arbejde for sig selv skatte- og momsfrit.⁶ Jeg vil derfor i nærværende artikel redegøre for de hidtil gældende regler for udtagning af varer fra en erhvervsvirksomhed, herunder fra en håndværksvirksomhed og de særlige regler for moms af værdi af eget arbejde, når arbejdet udføres af den momspligtige selv til privat brug⁷. Endvidere vil jeg redegøre for de nye regler på området. Afslutningsvis vil jeg vurdere, hvorfor der gælder forskellige momsgrundlag ved udtagning af varer og ydelser fra en erhvervsvirksomhed.

2. Momslovens regler om udtagning, herunder de særlige regler for byggeri mv.

Reglerne om udtagning af varer og ydelser fra en erhvervsvirksomhed til privat brug findes i Momslovens (ML) § 5, og reglerne om momsgrundlaget er fastlagt i ML § 28. Endvidere findes der i momsloven særlige regler for moms vedrørende byggeri mv. De særlige regler i momsloven, der vedrører byggeri, findes i:

1. ML § 5, stk. 4 – udtagningsreglerne (udtagningsmoms).
2. ML §§ 6 og 7 – byggemomsreglerne (pålægsmoms).
3. ML § 28, stk. 3 smh. stk. 2 – momsgrundlaget.

ML § 6 omhandler den situation, hvor en momspligtig person for egen regning på egen eller lejet grund opfører bygninger til salg eller udlejning, eller som på egne eller lejede bygninger udfører ombygnings- eller moderniseringsarbejder med henblik på salg eller udlejning, hvis den momspligtige person selv eller dennes ansatte udfører arbejde ved byggeriet mv. I sådanne tilfælde skal der beregnes moms af det arbejde, der udføres af såvel den momspligtige person (virksomhedens indehaver) som dennes ansatte samt af de materialer, der anvendes i forbindelse med arbejdet, jf. ML § 6, stk. 2. ML § 7 finder anvendelse på tilfælde, hvor en momspligtig person for egen regning på egen eller lejet grund opfører bygninger til virksomhedens eller virksomhedens indehavers brug, eller som udfører ombygnings- eller moderniseringsarbejder på egne eller lejede bygninger til virksomhedens eller virksomhedens indehavers brug, hvis den pågældendes ansatte udfører arbejde ved byggeriet mv. I følge ML § 7, stk. 2 skal der i de nævnte situationer betales moms af det arbejde, der udføres af virksomhedens ansatte, og de materialer, der anvendes til dette arbejde. Værdien af indehaverens eget arbejde ved sådanne byggerier er imidlertid ikke omfattet af ML § 7. Hjemlen til momsberegning af værdien af indehaverens eget arbejde i forbindelse med byggeri mv. til eget brug eller ved byggeri til virksomhedens brug findes derimod i ML § 5, stk. 4 om udtagning af varer og ydelser i forbindelse med byggeri mv., som ikke vedrører den momspligtige

⁶ Jf. de generelle bemærkninger til lovforslag nr. L 81, FT 2002/2003, Tillæg A, sp. 1890 ff.

⁷ Det vil sige den situation, hvor en håndværksmester udfører arbejde for sig selv, f.eks. ved opførelse, ombygning, forbedring, reparation af egen helårs- eller sommerbolig.

virksomheds leverancer.⁸ Da reglerne om byggemoms i ML § 6 og § 7 således ikke er relevante for denne artikels emne, vil disse regler ikke blive omtalt yderligere, men der kan henvises til den i noten anførte litteratur.⁹

2.1 Udtagningsregler i ML § 5

Bestemmelsen om udtagningsmoms i ML § 5 skal sikre, at der sker en ligebehandling af en momspligtig person – der kan udtage varer fra virksomhedens lager eller udtage varer eller ydelser, som ellers sælges som led i virksomhedens drift, til privat brug (eller andre formål som ikke vedrører den momspligtige virksomhed) – og den forbruger, som skal købe tilsvarende vare eller ydelse af virksomheden inklusive moms. Såfremt reglerne om udtagningsmoms ikke fandtes, ville den momspligtige person kunne opnå en momsmæssig fordel ved at købe en vare eller ydelse, der ikke var momsbelagt, idet købsmomsen tidligere var fratrasket i virksomheden.¹⁰ Der skal således ved udtagning af varer og ydelser beregnes moms, idet sådanne udtagninger sidestilles med levering af tilsvarende varer eller ydelser mod vederlag. Momsgrundlaget fastlægges i ML § 28 og har, som gennemgået nedenfor i afsnit 2.2., hidtil været forskelligt afhængig af, hvilken type udtagning der var tale om.

2.1.1 Udtagning generelt

ML § 5 stk. 1 omfatter udtagning af varer fra virksomheden, såfremt der er opnået fuld eller delvis fradrag ved indkøb, fremstilling mv. af de pågældende varer, når udtagning sker til privat forbrug for virksomhedens indehaver eller for dennes personale eller til vederlagsfri overdragelse eller i øvrigt til formål, som ikke vedrører den registreringspligtiges virksomheds levering af varer og ydelser.¹¹

Bestemmelsen omfatter alle momspligtige virksomheder, der udtager varer, som er tænkt til videresalg i virksomheden, til det i bestemmelsen nævnte brug, herunder f.eks. til indehaverens private brug. Varer, der ikke er bestemt til videresalg, men hvor der har været fuld fradrag for købsmomsen, er også omfattet af bestemmelsen. F.eks. er en sølvsmed blevet anset momspligtig af sølvvarer, som han havde udtaget

⁸ Jf. også Momsvejledningen 2001 Q.1.4.2.i.f. Reglerne i ML § 5, stk. 4 behandles nedenfor i afsnit 2.1.2.

⁹ Se bl.a. Momsvejledningen 2001 afsnit D.5 og Q.1, *Lars Loftager Jørgensen, Børge Aagaard Pedersen og Lars Rasmussen: Momsloven med kommentarer og EU-henvisninger* kap. 3 § 6 og § 7 samt afsnit III Byggemoms, 4. udg., Forlaget FSR 2002 (herefter cit. *Lars Loftager m.fl.: Momsloven med kommentarer*), *Susanne Aakjær Holst: Moms* kap. 3.4, Ringbindsværk udgivet af Forlaget Magnus, februar 2000 (herefter cit. *Susanne Aakjær Holst: Moms*), *Anja Gärtner: Moms* kap. 5.6.3, Ringbindsværk udgivet af Forlaget Magnus februar 2002 samt *Flemming Lind Johansen, Niels Henrik Pedersen, Søren Engers Pedersen: Moms 3 – Momspligtig værdi*, Forlaget Thomson 2001 (herefter cit. *Flemming Lind Johansen m.fl.: Moms 3*).

¹⁰ Jf. også *Lars Loftager Jørgensen m.fl.: Momsloven med kommentarer* s. 127 og *Susanne Aakjær Holst: Moms* kap. 3.3.

¹¹ Dog har man undtaget udtagning af reklameartikler og vareprøver til en værdi af mindre end 100 kr. eksklusiv moms fra momspligten, jf. ML § 5, stk. 1, sidste pkt.

til privat brug i henhold til denne bestemmelse, jf. Departementets afgørelse nr. 883 (marts 1984). Momsnævnet har derimod fastslået, at lystfartøjer, der af momsregistrerede bådebyggere og forhandlere udtages til testning, kapsejlad, træningssejlad mv., kan anvendes momsfrit inden for en periode af 1 år, uanset hvem der sejler i eller afprøver båden i denne periode, da disse sejladser anses som erhvervsmæssige, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 1040 (april 1988). Det vil sige, at først efter denne 1-års test-/prøveperiode skal udtagningsmomsen beregnes og afregnes. Efter afgørelsens formulering må det antages også at gælde udtagning til indehaverens private brug, herunder deltagelse i kapsejladser, når blot brugen det første år betegnes som en testperiode.

ML § 5, stk. 2 omfatter udtagning af *varer og ydelser*, når de tages i anvendelse til formål som nævnt i ML § 42, stk. 1 og 3, såfremt der er opnået fuld eller delvis fradragsret ved indkøb, fremstilling mv. af de pågældende varer og ydelser. Formål omfattet af ML § 42, stk. 1 er f.eks. kost til virksomhedens indehaver og personale, anskaffelse og drift af bolig for virksomhedens indehaver og personale samt naturalaf lønning af virksomhedens personale.¹² Stk. 3 omfatter kursusvirksomheders overnatning og bispisning af kursister, hvor der dog alene skal beregnes moms af 3/4 af beløbet, da den resterende del af beløbet er fradragsberettiget, jf. ML § 42, stk. 3.

ML § 5, stk. 3 omhandler udtagning af *ydelser* til privat brug for virksomhedens indehaver eller til dennes personale eller i øvrigt til virksomheden uvedkommende formål. Bestemmelsen skal sikre, at der ikke alene beregnes moms ved udtagning af virksomhedens varer bestemt til videresalg, men også af ydelser, som virksomheden almindeligvis sælger til tredjemand. Privat brug skal dog i henhold til stk. 3 forstås mere snævert end i stk. 1, idet ydelser kan udtages uden momsmæssige konsekvenser til formål, som er fritaget for moms efter ML § 13, hvilket betyder at der kan ske udtagning af ydelser momsfrit til brug for virksomhedens ikke-registreringspligtige aktiviteter.¹³ Udtagning til privat brug skal i relation til denne bestemmelse således alene forstås som virksomheden uvedkommende formål. ML § 5, stk. 3 omfatter samtlige momspligtige virksomheder, hvor der ikke er tale om salg af egentlige varer, men derimod salg af tjenesteydelser, som f.eks. advokater, revisorer, ejendomsmæglere, konsulentvirksomhed mv. Det må således være klart, at såfremt sådanne erhvervsdrivende yder den samme ydelse til sig selv privat, som i almindelighed ydes tredjemand i tilknytning til virksomhedens drift, vil der skulle beregnes udtagningsmoms på tilsvarende vis som købmanden, der udtager varer fra sin købmandsforretning. Momsnævnet har i en afgørelse fastslået, at ejendomsmæglere skal betale moms på basis af normalsalær i forbindelse med *salg* af egen ejendom, hvorimod der ikke skal betales udtagningsmoms i forbindelse med egne

¹² Se samtlige definerede formål i ML § 42, stk. 1, nr. 1-7.

¹³ Jf. *Susanne Aakjær Holst*: Moms kap. 3.3.3 og Momsvejledningen 2001 D.4.2.3, hvor der gives følgende eksempel: »En virksomhed, der f.eks. sælger edb-ydelser eller administrationsydelser, kan derfor – uden at skulle betale moms – udtage disse ydelser til brug for ikke-momspligtige aktiviteter i virksomheden som f.eks. finansielle aktiviteter.«

ydelser ved *køb* af fast ejendom, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 701 (december 1980). Det må derfor antages, at der gælder tilsvarende regler for revisorer, der udarbejder egen selvangivelse, samt for advokater som udarbejder et skøde i forbindelse med egen ejendomshandel.¹⁴

2.1.2 Udtagning i byggevirksomheder

Udover de ovennævnte udtagningsregler, som ved en umiddelbar vurdering skulle kunne omfatte udtagning fra alle typer momspligtige virksomheder, er der i *ML* § 5, stk. 4 en særlig udtagningsregel for byggevirksomheder, hvorefter udtagning af *varer og ydelser i forbindelse med byggeri mv.* til formål, som ikke vedrører den momspligtige virksomheds leverancer, sidestilles med levering mod vederlag. Reglen skal ses som et supplement til byggemomsreglerne i *ML* §§ 6 og 7, idet byggemomsreglerne vedrørende opførelse af bygninger mv. for egen regning ikke omfatter bygge- og anlægsvirksomheders udtagning af byggeri.¹⁵

Anvendelsesområdet for *ML* § 5, stk. 4 er bredere end *ML* § 5, stk. 3, idet »formål, som ikke vedrører den momspligtige virksomheds leverancer« skal forstås dels som anvendelse til virksomhedens ikke-momspligtige aktiviteter, f.eks. opførelse af en bygning, som ikke skal anvendes i den momspligtige del af virksomheden, dels anvendelse til indehaverens brug, dels anvendelse til ikke-fradragsberettigede formål som f.eks. bolig, børnehaver og sommerhuse for virksomhedens personale, jf. *ML* § 42, stk. 1, og dels anvendelse til andre for virksomheden uvedkommende formål.

Udtagningsreglerne i *ML* § 5, stk. 4 omfatter projektering og håndværksarbejde i forbindelse med opførelse, ombygning og modernisering samt reparation og vedligeholdelse af fast ejendom. Byggeadministration og anlægsarbejder,¹⁶ herunder byggemodning¹⁷ af jordarealer, er også omfattet. Det vil sige, at det ikke alene er arbejde vedrørende selve bygningen, men også arbejde på anden fast ejendom som er omfattet af bestemmelsen. Som en helt generel regel vil der kun skulle beregnes og afregnes udtagningsmoms, såfremt virksomheden leverer tilsvarende ydelser til tredjemand. Som nævnt tidligere, vil der også kunne blive tale om beregning af

¹⁴ Jf. også *Lars Loftager m.fl.*: Momsloven med kommentarer s. 135 og s. 479.

¹⁵ *ML* § 5, stk. 4 blev indsat i momsloven ved lov nr. 1114 af 21. december 1994 (Lovforslag nr. L 60 af 23. november 1994, FT 1994/1995 Tillæg A, sp. 658 ff.). Begrundelsen for den særlige bestemmelse for udtagning af varer og ydelser i forbindelse med byggeri mv. var, at udtagningsreglerne i § 5 i den nye momslov ikke fuldt ud sikrede, at der blev betalt moms ved udtagning af byggeri mv. i samme omfang som efter den tidligere momslov, og at *ML* §§ 6 og 7 om opførelse af bygninger mv. for egen regning ikke omfattede bygge- og anlægsvirksomheders udtagning af byggeri, jf. bemærkningerne til lovens § 1, nr. 1.

¹⁶ Anlægsarbejder på fast ejendom er f.eks. nyanlægning af parkeringspladser og haveanlæg, jf. Momsvejledningen 2001 Q.1.5.1.

¹⁷ Ved byggemodning forstås det arbejde på en grund, der går forud for opførelsen af en bygning, f.eks. terrænregulering, dræning, nedlægning af hovedvandedninger, etablering af hovedkloak-anlæg, vej anlæg og andre fællesanlæg, jf. Momsvejledningen 2001 Q.1.5.1.

udtagningsmoms, såfremt byggearbejdet er omfattet af byggemomsreglerne i ML § 6 og § 7.

Ud over egentligt håndværksarbejde (murer-, tømrer-, elektriker-, VVS-arbejde etc.) er, som nævnt ovenfor, arbejde i forbindelse med projektering, herunder arkitekt- og ingeniørarbejde i forbindelse med byggeri, også omfattet af udtagningsmoms på værdi af eget arbejde efter ML § 5, stk. 4. Det vil sige, at såfremt en arkitekt udarbejder tegninger til et hus til sig selv, eller ingeniøren laver bygningskonstruktioner og -beregninger vedrørende egen bolig, skal der også betales moms af værdien af dette arbejde. Dette gælder i hvert fald, såfremt arkitekten/ingeniøren driver en momspligtig virksomhed med tilsvarende arbejdsopgaver vedrørende byggearbejder for fremmed regning. Hvis f.eks. arkitekten i sin momspligtige virksomhed udelukkende arbejder med industrielt design og således aldrig i sin momspligtige virksomhed udarbejder bygningstegninger, vil han ikke skulle betale moms af værdien af arbejdet med udførelse af tegning til eget hus, jf. afgrænsningen ovenfor. En håndværksmester vil også kunne blive momspligtig af eget projekteringsarbejde, såfremt han udfører tilsvarende opgaver ved byggeri for fremmed regning.

Omfattet af udtagningsreglerne er dels materialer, som virksomheden selv fremstiller og sælger til tredjemand i forbindelse med byggeri for fremmed regning, f.eks. egne fremstillede døre og vinduer, dels materialer, som virksomheden har indkøbt, og som indgår som en integreret del af leverancer vedrørende byggeri for fremmed regning, f.eks. mursten, træ, søm og skruer. Se hertil Momsnævnets afgørelse nr. 180 (juli 1968).

Såfremt håndværksmesteren i forbindelse med sit private byggearbejde anvender et af virksomhedens driftsmidler, f.eks. en blandemaskine, anses dette også som udtagning af en momspligtig ydelse jf. ML § 5, stk. 4, såfremt det pågældende driftsmiddel også anvendes i forbindelse med byggeri for fremmed regning. Indkøbes blandemaskinen specielt til indehaverens private byggeri, vil der ikke være fradrag for købsmomsen, jf. ML § 37, stk. 1, da driftsmidlet ikke udelukkende anvendes til virksomhedens momspligtige leverancer af varer og ydelser, og der vil derfor heller ikke skulle betales udtagningsmoms efter ML § 5, stk. 4. Hvis blandemaskinen på indkøbstidspunktet er bestemt til såvel privat anvendelse som til anvendelse i virksomheden i forbindelse med byggearbejder for fremmed regning, vil der alene være tale om delvis fradrag for købsmomsen svarende til den erhvervsmæssige anvendelse, jf. ML § 38, stk. 1, hvorfor udtagningsreglerne i ML § 5, stk. 4 heller ikke i denne situation bliver aktuelle, da købsmomsen vedrørende den private anvendelse ikke er fratrasket i forbindelse med indkøb af maskinen.

Lader håndværksmesteren sine ansatte udføre en del af arbejdet på sit private byggeri, skal der betales udtagningsmoms af værdien af det arbejde, som udføres af virksomhedens ansatte. Dette gælder, hvad enten det udførte arbejde falder inden eller uden for de ansattes normale fagområde, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 180 (juli 1968). Det betyder, at såfremt murermesteren får en af sine ansatte murere til at udføre såvel murer- som tømrerarbejde på huset, som han er ved at bygge til sig selv, skal der ifølge praksis betales udtagningsmoms af værdien af både murer- og

tømrerarbejdet, selvom en del af arbejdet falder uden for det arbejdsområde, som den ansatte normalt beskæftiger sig med i virksomheden.

Værdien af indehaverens eget arbejde har *hidtil* også været momspligtigt, men dog kun i det omfang det arbejde, som indehaveren udførte, faldt inden for den pågældendes fag eller et hertil nært knyttet fagområde, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 180 (juli 1968) og TfS 2001,830 LSR. Snedker- og tømrerarbejde blev i denne henseende anset som hørende til samme fagområde, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 180 (juli 1968).¹⁸ Det har betydet, at såfremt muremesteren også udførte tømrerarbejde på huset, som han byggede til sig selv, ville han alene skulle betale udtagningsmoms af værdien af murerarbejdet og ikke af tømrerarbejdet, da han i sin virksomhed som muremester ikke udførte tømrerarbejde. Det har dog ikke været afgørende for momspligten af værdien af eget arbejde, at den momspligtige var faglært inden for det pågældende fagområde.¹⁹

Der skulle betales moms af værdi af eget arbejde, uanset om eget arbejde udførtes inden for normal arbejdstid eller i indehaverens fritid, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 477 (juli 1977)²⁰ og TfS 2001,830 LSR²¹.

¹⁸ Se også Momsvejledningen 2001 Q.1.5.1.

¹⁹ Således blev en landmand anset momspligtig af værdien af eget murer- og tømrerarbejde i forbindelse med opførelse af et parcelhus til sig selv, da han ved siden af sin landbrugsvirksomhed over en årrække havde købt 5 grunde, hvorpå han havde opført og efterfølgende solgt 5 parcelhuse, hvor han selv sammen med en arbejdsmand havde udført murer- og tømrerarbejdet. Momsnævnet udtalte i sin afgørelse (Momsnævnets afgørelse nr. 859 (marts 1984)), at inden for momssystemet har faguddannelse som sådan ingen særlig betydning for momsregningen af eget arbejde, når det ligger fast, at gårdejereren rent faktisk udførte murer- og tømrerarbejdet både i de huse, som blev solgt, og i huset til eget brug. Landsretten anførte som begrundelse for momsregningen, at gårdejereren ved siden af sin virksomhed inden for landbrug tillige havde været beskæftiget med byggevirksomhed, idet han til dels med eget arbejde og på egne grunde havde opført huse til videresalg, hvorfor opførelsen af bolig til eget brug fandtes omfattet af reglerne om udtagningsmoms efter de dagældende regler i ML § 11, stk. 1 (svarer til § 5, stk. 4), således at der skulle betales moms af eget arbejde efter dagældende regler i ML § 8, stk. 3 (svarer til § 28, stk. 3). Højesteret stadfæstede, af de grunde der var anført af landsretten, dommen. Dommen er offentliggjort i UfR 1988.183 H.

²⁰ I Momsnævnets afgørelse fra 1977 fremgår det af sagsreferatet, at eget arbejde var udført uden for normal arbejdstid, men Momsnævnet lagde tilsyneladende ikke vægt på denne omstændighed, idet det blev fastslået, at de pågældende interessenter skulle betale moms af værdi af eget arbejde, da arbejdet faldt inden for deres eget fag, og der blev i afgørelsen intet nævnt om, at der kunne være forskel på den momsmæssige behandling, om udførelsen af eget arbejde skete inden eller uden for normal arbejdstid.

²¹ I TfS 2001,830 LSR udtalte Landsskatteretten positivt, at man ikke fandt, at det forhold, at arbejdet blev udført i ferier, weekender og på helligdage, kunne føre til, at forholdet ikke kunne sidestilles med levering mod vederlag, og Landsskatteretten havde i den forbindelse tillagt det vægt, at begreberne selvstændig økonomisk virksomhed og levering mod vederlag hverken i momsdirektivet, momsloven eller i lovforarbejderne sås afgrænset på baggrund af sædvanlig arbejdstid.

Som det fremgår af ovenstående, har det været en forudsætning for beregning og betaling af udtagningsmoms efter ML § 5, stk. 4 af værdien af eget arbejde, at den, der udførte arbejdet, var selvstændig erhvervsdrivende med momspligtig virksomhed inden for byggebranchen. Det vil sige, at en tømrersvend ikke skulle betale moms af værdi af eget arbejde.²² Det har endvidere alene været momspligtige personer, der var momspligtige for tilsvarende leverancer af varer og ydelser i forbindelse med byggeri mv. for fremmed regning, jf. ML § 4, eller for egen regning, jf. ML §§ 6 og 7, som kunne blive momspligtig af værdi af eget arbejde efter ML § 5, stk. 4. Det har bl.a. også betydet, at selvbyggere, der har drevet anden momspligtig virksomhed, ikke skulle betale moms af værdi af eget arbejde.^{23 24}

Som nævnt i indledningen til nærværende artikel blev der den 10. december 2002 vedtaget nye regler, hvorefter håndværkere og andre med tilknytning til byggebranchen ikke længere skal betale hverken skat eller moms af værdi af eget arbejde. For så vidt angår den momsmæssige side af loven har det ikke givet anledning til ændringer i selve udtagningsbestemmelserne i ML § 5, herunder navnlig i § 5, stk. 4, men ændringerne er foretaget i ML §§ 6, 7 og § 28.²⁵

I ML § 6, som omhandler byggeri for egen regning med henblik på salg eller udlejning, er der i stk. 1 indsat et nyt pkt. efter 1. pkt., som har følgende ordlyd: »1. pkt. finder ikke anvendelse, når bygningen efter opførelsen, ombygningen eller moderniseringen anvendes til privat brug for virksomhedens indehaver, medmindre opførelsen, ombygningen eller moderniseringen sker med henblik på salg som led i næring eller erhvervsmæssig udlejning«.²⁶ I ML § 7, som omhandler byggeri for egen regning til virksomhedens eller virksomhedens indehavers brug, udgår i stk. 1,

²² Jf. Momsnævnets afgørelse nr. 180 (juli 1968), hvor det anføres: »Ved opførelse af et hus til egen beboelse eller ved andet byggearbejde, for hvilket bygherren ikke har fradragsret for indgående afgift, skal der ikke svares afgift af bygherrens eget arbejde, såfremt han ikke er selvstændig erhvervsdrivende, men alene er lønmodtager.«

²³ Jf. f.eks. Momsnævnets afgørelse nr. 285 (april 1970), hvor en person, der drev selvstændig virksomhed som modelsnedker inden for jern- og metalindustriens fagområde, ikke skulle betale moms af det af ham udførte tømrer- og snedkerarbejde ved opførelse af hus til eget brug. Momsnævnet anså således ikke, at den pågældendes fag havde nogen tilknytning til byggefagene. Hvor nært beslægtet virksomheden skal være med byggefagene, før man falder ind under ML § 5, stk. 4, er der ikke umiddelbart nogen afklaring af, ud over den ovennævnte afgørelse.

²⁴ Jf. også Momsvejledningen 2001 Q.1.5.1.

²⁵ I høringssvarene til det fremsatte lovforslag nr. L 81 påpegede såvel FSR som undertegnede, at der burde være en præcisering i udtagningsreglen i ML § 5, stk. 4 af, at værdien af indehaverens eget arbejde ved byggeri til privat brug ikke længere var omfattet af reglerne. Departementet valgte i stedet at indsætte denne præcisering i ML § 28, stk. 1, 1. pkt. vedrørende opgørelse af momsgrundlaget.

²⁶ Jf. lovens § 2, nr. 1.

1. pkt. to steder »eller virksomhedens indehavers«. ²⁷ Bemærkningerne til ændringerne i ML §§ 6 og 7 (lovens § 2, nr. 1 og 2) bærer præg af, at man ikke har været helt opmærksom på, hvilken bestemmelse der egentlig har udgjort hjemlen for beregning af moms af værdi af eget arbejde ved byggeri til eget brug, idet der anføres bemærkninger, der efter min mening er forkerte, da hjemlen hidtil hverken har været ML § 6 eller ML § 7, men derimod udtagningsbestemmelsen i ML § 5, stk. 4. Jeg vil derfor i nærværende sammenhæng ikke kommentere ændringerne i ML §§ 6 og 7 yderligere, da artikelen ikke omhandler byggemomsreglerne. Den ændring, der derimod har betydning for beregning af moms af værdi af eget arbejde ved byggeri til indehaverens eget brug, er de foretagne ændringer i ML § 28, som angiver momsgrundlaget ved udtagning af varer og ydelser iht. ML § 5, stk. 4, hvorfor de nye regler først vil blive omtalt i afsnittet nedenfor.

2.2 Momsgrundlaget

I de forudgående afsnit har jeg alene nævnt, at der skulle betales moms ved udtagning af varer og ydelser fra virksomheden uden nærmere at anføre, hvorledes momsgrundlaget opgøres.

Reglerne for momsgrundlaget for udtagning af varer og ydelser efter ML § 5 findes i ML § 28.

Ved udtagning af varer og ydelser efter ML § 5, stk. 1-3 er momsgrundlaget *indkøbsprisen eller fremstillingsprisen* ekskl. moms, men medregnet told- og afgifter som nævnt i ML § 27, stk. 2, nr. 1, jf. ML § 28, stk. 1. ²⁸ Således skulle en smedemester betale moms på grundlag af fremstillingsprisen af en båd, som han selv havde fremstillet, og som var anset udtaget til privat brug, selvom denne værdi oversteg den senere salgspris, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 476 (juli 1977). Hvis der alene er tale om enkelte udtag i løbet af et indkomstår, volder det ikke de store administrative problemer at registre og betale moms af udtagningen. Er der derimod tale om en løbende udtagning, er der i ML § 29, stk. 2 indsat en bestemmelse, hvorefter skatteministeren for grupper af virksomheder kan bestemme, at momsberigtigelsen af varer og tjenesteydelser efter reglerne i § 28, stk. 1, kan ske efter standardbeløb. I tilfælde, hvor momsgrundlaget opgøres på grundlag af en kalkulation, f.eks. ved beregning af en fremstillingspris, kan skatteministeren tilsvarende bestemme, at momsberigtigelsen skal foretages efter standardbeløb, jf. ML § 29, stk. 2. ²⁹ Denne bemyndigelse har skatteministeren bl.a. udnyttet i § 13 i

²⁷ Jf. lovens § 2, nr. 2.

²⁸ Har virksomheden selv indført varen fra steder uden for EU, anses en i overensstemmelse med reglerne i § 32, stk. 1 fastsat værdi som indkøbsprisen, jf. ML § 28, stk. 1, sidste pkt. For varer indført fra andre EU-lande er momsgrundlaget vederlaget for varerne, eksklusiv moms, dvs. fakturaværdien, jf. *Lars Loftager Jørgensen* m.fl.: Kommentarer til Momsloven s. 478.

²⁹ Begrundelsen for denne bemyndigelse er at give mulighed for en forenkling af afgiftsberigtigelsen for visse grupper af virksomheder, der udtager egne indkøbte eller fremstillede varer til privat brug, jf. bemærkningerne til § 9, stk. 2 i momsloven af 1967 (svarer til § 29, stk. 2 i den nugældende momslov), jf. FT 1966/67, Tillæg A sp. 323.

Bek. nr. 192 af 20. marts 2001 om momsloven, hvorefter landbrugsvirksomheder, der udtager egne produkter til forbrug, herunder til kost til ansatte, kan betale moms på grundlag af de satser, som Ligningsrådet har fastsat for det pågældende indkomstår.³⁰ Tilsvarende kan restauranter mv., der udtager kost til naturalaflønnning af ansatte, betale udtagningsmoms på grundlag af de af Ligningsrådets for det pågældende indkomstår fastsatte satser, jf. Bek. nr. 192 § 14.³¹ Selvom der i bekendtgørelsen alene er nævnt de to ovennævnte erhvervsgrupper, må det antages, at også andre erhvervsgrupper, hvor der foreligger standardsatser for skatteansættelsen af udtagning til privat forbrug, kan anvende disse standardsatser som momsgrundlag, f.eks. ved en købmands udtagning af dagligvarer til eget brug fra forretningen.³² I Momsvejledningen 2001 udtrykkes det således: »Ved vurderingen af, om fastsættelsen af indkøbs- eller fremstillingsprisen er sket korrekt, vil der i praksis blive lagt vægt på, hvilket beløb ligningsmyndigheden har ansat en given udtagning til. Momsberegningen skal foretages på det tidspunkt, hvor udtagningen sker«. ³³ Hvis der er tale om udtagninger, der sker løbende i et indkomstår, må sidste punkt i det fra Momsvejledningen citerede skulle forstås således, at der også skal ske en løbende momsbe- og afregning. Sker udtagningen efter standardsatser må det således også betyde, at standardbeløbene skal fordeles ligeligt over indkomstårets momsperioder. Indehaveren kan vælge enten at anvende de foreliggende standardsatser som momsgrundlag eller lave en korrekt afregning på grundlag af indkøbs-/fremstillingsprisen af de faktiske udtagninger.³⁴ Ved få enkeltstående udtagninger i løbet af indkomståret, hvor der sker udtagning på grundlag af indkøbs-/fremstillingsprisen, vil der skulle ske løbende afregning af momsen i den momsperiode, hvori udtagningen er sket. Såfremt det ikke er praktisk muligt at foretage en løbende registrering af indehaverens eget forbrug, kan momsgrundlaget opgøres på grundlag

³⁰ Se f.eks. TS-cirk. 2001-46 pkt. 5 for indkomståret 2002.

³¹ Skatteministeriet fastsatte i afgørelse nr. 349 (juni 1972) et standardbeløb på 3.000 kr. tillagt udgiften til bedækning og følpeng ved stuteriejeres udtagning af heste til eget brug. Beløbet blev i 1980 forhøjet til 7.000 kr. pr. hest tillagt udgiften til bedækning og følpeng, jf. afgørelse nr. 737 (december 1980). Spørgsmålet er, om dette standardbeløb fortsat er gældende? Der er tilsyneladende ikke kommet afgørelser eller udtalelser, der har givet udtryk for, at den pågældende praksis skulle være ændret, men der er på den anden side intet anført om den pågældende standardsats hverken i den seneste udgave af Momsvejledningen eller i et cirkulære, hvilket kan betyde, at det er de generelle regler i ML § 28, stk. 1, der skal anvendes ved opgørelse af momsgrundlaget i sådanne tilfælde.

³² Se TS-cirk. 2001-52 pkt. 1 for indkomståret 2002.

³³ Jf. Momsvejledningen 2001 G.2.1. Se også *Lars Loftager m.fl.*: Momsloven med kommentarer s. 479.

³⁴ Jf. Momsvejledningen 2001 G.3.i.f.

af et skøn over forbruget i en momsperiode, f.eks. på grundlag af et skønnet årsforbrug.³⁵

Momsnævnet fastsætter i 1980, at momsgrundlaget for ejendomsmægleres værdi af eget arbejde i forbindelse med salg af egen bolig kan fastsættes til halvdelen af det salær, som den enkelte mægler normalt beregner sig i en tilsvarende handel for andre sælgere af fast ejendom, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 701 (december 1980).³⁶ Momsnævnet har ved fastsættelsen af momsgrundlaget til halvdelen af normalsalæret forudsat, at mægleren opretholder sin normale fradragsret for momsen af de omkostninger, herunder til annoncering mv., som sædvanligvis afholdes af mægleren inden for rammerne af det almindelige salær i tilsvarende handel. Tilsvarende praksis gælder ifølge Lars Loftager m.fl. for advokater, når en advokat berigtiger en ejendomshandel med sig selv som køber eller sælger.³⁷ Som påpeget af Lars Loftager m.fl. i Momsloven med kommentarer, er der i momsloven ikke hjemmel til at kræve momsen beregnet med halvdelen af normalsalæret for ejendomsmæglere og advokater.³⁸ Den pågældende praksis er heller ikke omtalt i Momsvejledningen 2001 under afsnittet om momsgrundlaget for udtagning af varer og ydelser omfattet af ML § 5, stk. 1-3.³⁹ I Momsvejledningen 2001 er der nærmere redegjort for, hvorledes momsgrundlaget for momsregistrerede vindmøllejeeres forbrug af eget el skal opgøres som en kalkulation over fremstillingsprisen pr. enhed (kWh), da salgsprisen til elværket ikke kan lægges til grund.⁴⁰

Ved *udtagning af varer og ydelser i forbindelse med byggeri efter ML § 5, stk. 4* har momsgrundlaget derimod hidtil været *virksomhedens almindelige salgspris* eller – hvis en sådan ikke findes – *en kalkuleret salgspris*, der skal omfatte samtlige de omkostninger og den avance, der i almindelighed indgår ved leveringen af varer og ydelser af den pågældende art, jf. ML § 28, stk. 3 smh. stk. 2⁴¹. I momsgrundlaget skal således indgå udgiften til anvendte materialer og medgået arbejdstid af virksomhedens ansatte samt indehaverens egen arbejdsindsats. Til såvel materialer

³⁵ Jf. *Lars Loftager m.fl.*: Momsloven med kommentarer s. 478.

³⁶ I samme afgørelse udtaler momsnævnet, at der indtil videre ikke skal betales moms, hvis en mægler optræder som køber af fast ejendom i tilfælde, hvor der ikke medvirker anden ejendomsmægler, selvom den pågældende mægler udfører eventuelle opgaver ved handlens gennemførelse. Dette hænger antageligt sammen med, at det i almindelighed er sælger, der betaler udgifterne til ejendomsmægler i forbindelse med en ejendomshandel.

³⁷ Jf. *Lars Loftager m.fl.*: Momsloven med kommentarer s. 479.

³⁸ Jf. op.cit. s. 479.

³⁹ Reglerne om momsgrundlaget efter ML § 28, stk. 1 er omtalt i Momsvejledningen 2001 afsnit G.2.1.

⁴⁰ Se nærmere om kalkulationsberegningen i Momsvejledningen 2001 G.2.1.

⁴¹ ML § 28, stk. 2 fastlægger momsgrundlaget ved byttehandel til virksomhedens almindelige salgspris, eller hvis en sådan ikke findes, en kalkuleret salgspris.

som arbejds løn skal der tillægges den sædvanlige avance; det vil sige den avance, virksomheden almindeligvis beregner sig ved arbejde for en fremmed bygherre. Foruden inddækning af sædvanlige omkostninger og avancer skal der også indregnes en avance til indehaveren af virksomheden (mestersalær)⁴². Derimod skal udgiften til fremmede entrepriser og materialer indkøbt til brug for dette arbejde ikke medregnes i momsgrundlaget.⁴³

Det vil med andre ord sige, at momsgrundlaget ved udtagning i forbindelse med byggeri mv., herunder håndværksmesterens private byggeri mv., har været det samme, som hvis der var tale om byggeri for en fremmed bygherre. Dette ændres imidlertid med de nye regler i ML § 28. ML § 28, stk. 1 har nu følgende ordlyd: *»For varer og ydelser, hvoraf der skal betales afgift ved udtagning efter § 5, stk. 1-3, er afgiftsgrundlaget indkøbsprisen eller fremstillingsprisen, jf. dog stk. 3, heri ikke indbefattet værdien af den afgiftspligtige persons eget arbejde og afgiften efter denne lov, men medregnet andre afgifter som anført i § 27, stk. 2, nr. 1. Har virksomheden selv indført varen fra steder uden for EU, anses en i overensstemmelse med reglerne i § 32, stk. 1, fastsat værdi som indkøbsprisen. 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse for varer og ydelser, hvoraf der skal betales afgift ved udtagning efter § 5, stk. 4, når udtagningen sker til privat brug for virksomhedens indehaver eller dennes personale.«*⁴⁴ Det vil sige, at håndværksvirksomheder mv. herefter også kan udtage varer og ydelser fra egen virksomhed til privat brug til indkøbsprisen eller fremstillingsprisen, og det præciseres i ML § 28, stk. 1, 1. pkt., at værdien af den momspligtige persons eget arbejde ikke skal medregnes ved opgørelse af fremstillingsprisen. Som nævnt tidligere, blev denne præcisering vedrørende værdien af indehaverens eget arbejde indsat som ændringsforslag nr. 2 til § 2 mellem 1. og 2. behandling af lovforslaget.⁴⁵ Ved gennemlæsning af bemærkningerne til § 2 i L 81, som det blev fremsat, var der ikke tvivl om, at meningen med lovændringen var at afskaffe moms på værdi af eget arbejde ved byggeri til indehaverens eget brug; men da dette ikke blev præciseret som en særlig undtagelsesregel i udtagningsbestemmelsen i ML § 5, stk. 4, kunne der ved en umiddelbar forståelse af lovtæksten være tvivl om, hvorvidt der ikke, ved opgørelse af fremstillingsprisen ved udtagning i forbindelse med indehaverens private byggeri, fortsat skulle medregnes dennes medgåede arbejdstid. Denne tvivl er efter min vurdering fjernet ved denne præcisering i ML § 28, stk. 1, 1. pkt.

⁴² Jf. Momsvejledningen 2001 G.2.3. Se også vedrørende opgørelse af momsgrundlaget *Anja Gärtner*: Moms (Ringbindsværk) kap. 5.6.3.4., februar 2002, Forlaget Magnus (herefter cit. *Anja Gärtner*: Moms).

⁴³ Jf. Momsnævnets afgørelse nr. 255 (september 1969), hvor det anføres, at der ikke skal svares moms af sådanne entrepriser og af materialer indkøbt af virksomheden til brug for andre håndværksvirksomheders arbejder ved byggeriet ud over den af de fremmede håndværkere (entreprenører) opkrævede. Se også Momsvejledningen 2001 Q.1.4.3.

⁴⁴ Det med **fed** skrift fremhævede er de nye tilføjelser i ML § 28, stk. 1.

⁴⁵ Jf. betænkning til L 81 afgivet 27. november 2002, FT 2002/2003, Tillæg B.

Momsgrundlaget vil dog fortsat være salgsprisen eller en kalkuleret salgspris ved udtagning af varer og ydelser efter ML § 5, stk. 4, når udtagningen sker til *andre formål* end privat brug for virksomhedens indehaver eller dennes personale, jf. ML § 28, stk. 3, nyt 2. pkt. Endvidere vil momsgrundlaget også fortsat være salgsprisen eller en kalkuleret salgspris, når der skal betales moms efter ML §§ 6 og 7 (byggemoms).

3. Vurdering af reglerne om momsgrundlaget ved udtagning af varer og ydelser fra en erhvervsvirksomhed til privat brug

Jeg vil nedenfor give en meget kort oversigt over momslovgivningens historie, da jeg i min vurdering af udtagningsreglerne vil søge tilbage i forarbejderne til tidligere moms- og omsætningslove.

Merværdiafgiften – i almindelighed benævnt momsen – blev indført i Danmark i 1967 ved lov nr. 102 af 31. marts 1967. Loven erstattede den almindelige omsætningsafgift – den såkaldte OMS – som var blevet indført ved lov nr. 211 af 16. juni 1962. Den seneste større ændring af momsloven skete ved lov nr. 375 af 18. maj 1994, da den danske momslovgivning skulle tilpasses 6. momsdirektiv⁴⁶.

Selvom de seneste ændringer i ML § 28, stk. 1 har medført, at erhvervsdrivende generelt ligestilles momsmæssigt ved udtagning af varer og ydelser fra deres virksomhed til privat brug, mener jeg, at man stadig kan diskutere, hvorfor der hidtil har været forskellige regler, og hvad begrundelsen er for, at man som erhvervsdrivende generelt kan udtage varer og ydelser til privat brug til indkøbs-/fremstillingspris.

Det overordnede formål med udtagningsreglerne i ML § 5 er at sikre en ligebehandling af en momspligtig person, som udtager en vare eller en ydelse fra sin virksomhed, og en almindelig forbruger, der køber en vare eller ydelse af samme art.⁴⁷ Det vil sige, at der så vidt muligt skabes en momsmæssig neutralitet⁴⁸ mellem den endelige forbruger, uanset om varen/ydelsen købes, eller den udtages af egen

⁴⁶ Rådets direktiv af 17. maj 1977 – 77/388/EØF.

⁴⁷ Jf. *Susanne Aakjær Holst*: Moms kap. 3.3. Se hertil også *Flemming Lind Johansen m.fl.*: Moms 3 s. 63 og *Lars Loftager Jørgensen m.fl.*: Momsloven med kommentarer s. 128.

⁴⁸ I de generelle bemærkninger til lovforslaget til momsloven fra 1967 anføres det, at »ved lovforslagets udarbejdelse har man lagt vægt på at udforme bestemmelserne således, at afgiften så vidt muligt bliver neutral. Den fuldstændige neutralitet i alle relationer er dog ikke mulig at opnå i praksis, bl.a. fordi reglerne må udformes på en sådan måde, at administrative hensyn for såvel erhvervslivet som for det offentlige tilgodeses.« Den i citatet nævnte neutralitet, er dog neutralitet på et andet plan end det, jeg nævner ovenfor, idet der i denne sammenhæng tænkes på neutralitet på det plan, at beskatningen ikke i sig selv påvirker erhvervsvirksomhedernes og forbrugernes dispositioner, ved at nogle varer og ydelser er belagt med moms, og andre ikke er det. Det følger således heraf, at for at man kan opnå fuld neutralitet, må momsen i princippet omfatte alle varer og tjenester, ligesom alle produktions- og handelsled må inddrages under momsen. Jf. FT 1966/67 Tillæg A sp. 307 samt »Redegørelse vedrørende Merværdiafgift« s. 6. Når jeg taler om neutralitet, tænkes der på neutralitet på forbrugerplan, således at det bør være det samme grundlag, som den endelige forbruger betaler moms af.

virksomhed.⁴⁹ Den momspligtige skal således ikke have nogen momsmæssig fordel ved at kunne udtage varer og ydelser fra egen virksomhed.

Hidtil har en håndværker, en arkitekt eller en ingeniør, der udfører arbejde i forbindelse med privat byggeri, skullet betale moms på grundlag af en almindelig salgspris – og hvis en sådan ikke fandtes – en kalkuleret salgspris, jf. ML § 28, stk. 3 smh. stk. 2. Det vil sige et momsgrundlag inklusive virksomhedens almindelige fortjeneste. Begrundelsen for, at det var salgsprisen eller en kalkuleret salgspris, der udgjorde momsgrundlaget, var, at der ikke skulle være forskel i momsgrundlaget, om der var tale om arbejde for egen regning eller for fremmed regning. Eller som det udtrykkes i Momsvejledningen, ville anvendelse af indkøbs-/fremstillingsprisen som momsgrundlag indebære en fordel for en bygningshåndværker, i forhold til byggeri hvor bygherren ikke selv er bygningshåndværker.⁵⁰ Håndværksmesteren skulle med andre ord heller ikke kunne opnå en momsmæssig fordel ved selv at kunne udføre arbejdet fremfor at lade en fremmed håndværksmester gøre det.

Derimod har enhver anden momspligtig erhvervsdrivende kunnet udtage varer eller tjenesteydelser, som almindeligvis sælges til tredjemand, til privat brug til indkøbsprisen eller fremstillingsprisen på varen eller ydelsen. Hvis f.eks. en møbelhandler udtager en sofagruppe til sig selv, skal der alene afregnes moms på grundlag af møbelhandlerens indkøbspris af sofagruppen fra møbelfabrikken. Det vil sige, at der i momsgrundlaget ikke skal indregnes den fortjeneste, som møbelhandleren ville tillægge indkøbsprisen, hvis han i stedet havde solgt den samme sofagruppe til enhver anden kunde. Er det møbelfabrikanten, der udtager en sofagruppe, som han selv fremstiller og normalt sælger videre til møbelforretninger, vil han skulle betale moms på grundlag af fremstillingsprisen. Men der skal ikke indregnes den fortjeneste, som møbelfabrikanten normalt tillægger fremstillingsprisen i forbindelse med salg til kunder. Hvor er den momsmæssige neutralitet i disse situationer? Man kunne vel i disse tilfælde med lige så god ret argumentere for, at momsgrundlaget ved udtagning til privat brug skulle være det samme som ved salg til tredjemand. Som nævnt indledningsvis var formålet med udtagningsreglerne, at den erhvervsdrivende ikke skulle have nogen momsmæssig fordel ved at udtage varer eller tjenesteydelser fra egen virksomhed til privat brug, som i øvrigt sælges til tredjemand, eller hvis han skulle købe en tilsvarende vare/ydelse hos tredjemand. Dette neutralitetsmål, kan jeg ikke se bliver opfyldt, når udtagningen kan ske til indkøbs-/fremstillingspris. Den erhvervsdrivende vil ved udtagning til indkøbs-/fremstillingspris i hvert fald altid kunne spare momsen af den fortjeneste, som virksomheden normalt beregner sig ved videresalg.

⁴⁹ Jf. *Lars Loftager Jørgensen m.fl.*: Momsloven med kommentarer s. 128.

⁵⁰ Jf. Momsvejledningen 2001 G.2.3. Samme begrundelse fremgår også af bemærkningerne til § 8, stk. 3 (svarer til hidtil gældende § 28, stk. 3) i lovforslaget til momsloven fra 1967, jf. FT 1966/67 Tillæg A sp. 322.

Det fremgår således også af »Redegørelse vedrørende Merværdiafgift« fra 1964 s. 20,⁵¹ at momsberigtigelsen af varer udtaget til indehaverens eget brug burde ske på grundlag af virksomhedens almindelige salgspris. Det angives ikke i bemærkningerne til lovforslaget til momsloven af 1967, hvorfor man afviger neutralitetsprincippet vedrørende den endelige forbruger ved generel udtagning af varer og ydelser, således at neutralitetsprincippet alene har været fastholdt for byggeri mv. Som indledende bemærkninger til § 8 (svarende til nugældende § 28) anføres blot, at i tilfælde hvor afgiftsberigtigelsen ikke sker i forbindelse med afsætning på almindelig forretningsmæssig basis, kan afgiftsberigtigelsen *ikke uden videre ske på grundlag af afsætningsprisen* (min fremhævelse), som ellers ifølge § 7 (svarende til nugældende § 27) er grundlaget for afgiftsberegningen. Men begrundelsen for, at »afgiftsberigtigelsen ikke uden videre kan ske på grundlag af afsætningsprisen« mangler. I bemærkningerne til § 8, stk. 3 (svarende til hidtil gældende § 28, stk. 3) anføres som begrundelse for anvendelse af salgspris/kalkuleret salgspris, at »uden en sådan regel måtte byggeri, som opføres af en bygningshåndværker enten til hans private brug eller til salg eller til udlejning, afgiftsberigtiges efter stk. 1.⁵² Dette ville indebære en afgiftsmæssig begunstigelse i forhold til byggeri, hvor bygherren ikke selv er bygningshåndværker.«⁵³ Det vil sige en momsmæssig neutralitet mellem bygherren, der bygger for sig selv, og bygherren som må entrere med en fremmed håndværksvirksomhed.

Allerede i lov om almindelig omsætningsafgift fra 1962 fandtes der regler om afgiftsberegning ved udtagning af varer fra en afgiftspligtig virksomhed til indehaverens private brug. Spørgsmålet er, om der i forarbejderne til denne lov er anført en nærmere begrundelse for momsgrundlaget? I lovens § 11, stk. 1, nr. 2⁵⁴ var det anført, at der til virksomhedens afgiftspligtige omsætning skulle medregnes varer, der var udtaget til brug af virksomheden eller af dennes ejer. Det fremgik af lovens § 17, stk. 1,⁵⁵ at for varer, der blev udtaget til brug af virksomhedens ejer, var den afgiftspligtige værdi varenes indkøbspris eller fremstillingspris med tillæg af de i § 16, stk. 1 nævnte forbrugsafgifter.⁵⁶ Der fandtes i den pågældende lov ikke

⁵¹ »Redegørelse vedrørende Merværdiafgift« fra 1964 dannede grundlag for momsloven fra 1967.

⁵² Det vil sige til indkøbs-/fremstillingsprisen.

⁵³ Jf. FT 1966/67 Tillæg A sp. 322.

⁵⁴ I det fremsatte lovforslag fandtes bestemmelsen i § 12, stk. 1, nr. 1. FT 1961/62 Tillæg A sp. 1358.

⁵⁵ I det fremsatte lovforslag fandtes bestemmelsen i § 16, stk. 1. FT 1961/62 Tillæg A sp. 1362.

⁵⁶ I lov om almindelig omsætning (1962) fandtes en bestemmelse svarende til nugældende § 28, stk. 2 om byttehandel, hvor momsgrundlaget var varens almindelig engrospris eller virksomhedens almindelig detailpris med fradrag, som anført i § 15, stk. 2, pkt. c. Såfremt en almindelig engrospris eller detailpris ikke forelå, var den afgiftspligtige værdi virksomhedens indkøbspris eller fremstillingspris med tillæg af de omkostninger og den avance, der i almindelighed indgår (fortsættes...)

særlige regler for udtagning ved byggeri. I bemærkningerne til bestemmelsen om afgiftsgrundlag i forbindelse med udtagning (§ 16) i lovforslaget til lov om almindelig omsætningsafgift (1962) findes der ikke nogen nærmere begrundelse for valget af indkøbspris og fremstillingspris som afgiftsgrundlag. Rent faktisk kan man også konstatere, at man ved lovforslaget til momslovens § 8 (1967) blot anvender nøjagtig samme indledende bemærkninger til § 8, som er anført til § 16 i lovforslaget til almindelig omsætningsafgift (1962).⁵⁷

Heller ikke i bemærkningerne til § 28 i lovforslaget⁵⁸ til den nye momslov fra 1994 findes der en nærmere begrundelse for de to forskellige momsgrundlag ved udtagning. Der anføres blot, at bestemmelserne svarer til den tidligere gældende lovs § 8, stk. 1 og stk. 3 med tilpasninger til de foreslåede ændrede regler om udtagning og de foreslåede regler om byggemoms i ML §§ 6 og 7.

Jeg har derfor ikke kunnet finde en egentlig begrundelse for, hvorfor udtagning generelt kan ske til indkøbs-/fremstillingspris, og hvorfor der skal være forskel på momsgrundlaget ved forskellige typer af udtagninger, trods det fælles overordnede formål om at en erhvervsdrivende ikke skal kunne opnå en momsmæssig fordel ved at kunne udtage varer og ydelser fra sin egen virksomhed, fremfor hvis han skulle købe tilsvarende varer eller ydelser hos en konkurrent eller sælge tilsvarende varer og ydelser til en kunde. Hvis det er denne momsmæssige neutralitet, der er det bærende synspunkt for udtagningsregler, burde momsgrundlaget i *alle* tilfælde af udtagning være salgsprisen eller en kalkuleret salgspris. Det vil sige, at i så henseende er det byggebranchen, som har haft de »rigtige« regler, hvorimod de øvrige erhvervsdrivende netop har en momsmæssig fordel, da der ikke er indregnet nogen fortjeneste til indehaveren i deres momsgrundlag.

En mulig forklaring på, at man ved udtagning generelt anvender indkøbsprisen eller fremstillingsprisen, kan være, at udtagningsreglerne for varer i ML § 5, stk. 1 skal ses i sammenhæng med reglerne i ML §§ 37 og 38 om fradragsret, da det er udgangspunktet, at der alene skal betales udtagningsmoms, såfremt der er opnået fuld eller delvis fradragsret ved indkøb, fremstilling mv. af de pågældende varer.⁵⁹ Der er som indgående moms fratrasket en moms beregnet på grundlag af indkøbsprisen eller fremstillingsprisen, hvorved udtagningsreglerne nærmest får karakter af en tilbageføring af det for meget fratrukkne momsbeløb, således at udtagning til privat brug bliver momsbelagt. Denne forklaring kan således hænge sammen med et

⁵⁶ (...fortsat)

i den afgiftspligtige værdi for sådanne varer, samt afgift som anført i § 16, stk. 1, jf. § 17, stk. 3. Det skal hertil bemærkes, at den almindelige omsætningsafgift blev opkrævet i engrosledet, jf. § 1, sidste pkt.

⁵⁷ Se FT 1961/62 Tillæg A sp. 1362.

⁵⁸ Lovforslag nr. L 124 af 8. december 1993, FT 1993/94 Tillæg A sp. 4315 ff.

⁵⁹ Se nærmere om hel- og delvis fradragsret for moms hos f.eks. *Flemming Lind Johansen, Niels Henrik Pedersen og Søren Engers Pedersen: Moms 1 – fradragsret*, 2. udg., Forlaget Thomson 2002, kapitel 2-4.

hensyn, som måske kan udledes af de generelle bemærkninger til den første momslov fra 1967,⁶⁰ hvor den fuldstændige neutralitet i alle relationer dog ikke er mulig at opnå i praksis, bl.a. fordi reglerne må udformes på en sådan måde, at administrative hensyn for såvel erhvervslivet som for det offentlige tilgodeses.

Man kan måske derfor konkludere, at der er to væsentlige og vel for så vidt velbegrundede forhold, der trækker i hver sin retning – nemlig neutralitetsprincippet og et administrativt hensyn til virksomheden (og evt. myndigheden). Neutralitetsprincippet er således det princip, der har slået igennem vedrørende byggeri, da der ofte her vil være tale om særdeles betydelige beløb, hvorimod det administrative hensyn har slået igennem på de generelle udtagningsregler for varer og ydelser, som sandsynligvis ikke vil være af samme beløbsmæssige størrelsesorden. Det vil sige en slags afvejning af, hvor stor en momsmæssig fordel den momsplichtige vil kunne opnå ved udtagning af varer og ydelser til eget brug fra egen virksomhed. Denne afvejning af den momsmæssige fordel vil imidlertid ikke altid være retningsgivende, da man i praksis let vil kunne finde situationer, hvor der ikke er de store beløbsmæssige forskelle på de forskellige typer af udtagninger, f.eks. ved en håndværksmesters udtagning af varer og ydelser i forbindelse med en mindre renovering af egen bolig og en mekanikers udtagning af varer og ydelser i forbindelse med hovedreparation af egen bil. Selvom udtagningerne i det nævnte eksempel nu er blevet sidestillet med de nye regler i ML § 28 for håndværkeres private byggeri, findes der dog fortsat udtagninger vedrørende byggeri, der er omfattet af momsgrundlaget i ML § 28, stk. 3.

Et andet aspekt ved de gældende udtagningsregler, som jeg vil kommentere, er, at man ved udtagning af ydelser omfattet af ML § 5, stk. 3 også anvender indkøbsprisen eller fremstillingsprisen som momsgrundlag, jf. henvisningen i ML § 28, stk. 1 til ML § 5, stk. 1-3. Ved udtagning af ydelser fra en virksomhed, som sælger tilsvarende ydelser til tredjemand, som f.eks. advokater, revisorer, konsulenter mv., er det vel svært at tale om ydelsens indkøbspris eller fremstillingspris. I sådanne tilfælde er sammenligningsgrundlaget vel snarere det beløb, som man beregner sig ved salg af en tilsvarende ydelse til en kunde, klient mv. For ydelser omfattet af ML § 5, stk. 3 må henvisningen i ML § 28, stk. 1 imidlertid betyde, at der ved udtagning af ydelsen til eget brug ikke skal indregnes den fortjeneste, som man ellers tillægger i forbindelse med salg af tilsvarende ydelse til en fremmed aftager. Det må antages, at når man sælger tjenesteydelser, er prisen for ydelsen fastsat således, at den dels dækker direkte og indirekte omkostninger forbundet med ydelsen, hvor den største omkostning ved den type ydelser ofte vil være medgået arbejdstid, og dels en fortjeneste til indehaveren. Der er i den offentliggjorte praksis taget stilling til momsgrundlaget for ejendomsmæglere, hvor man tager udgangspunkt i normalsalæret; det vil sige det beløb, som man normalt sælger ydelsen til tredjemand til. Men ifølge Momsnævnets afgørelse, var det ikke hele normalsalæret, der skulle svares moms af, men alene af halvdelen af normalsalæret, da man forudsatte, at ejendomsmægleren havde fradragsret for momsen af de omkostninger, som sædvanligvis afholdes af mægleren inden for rammerne af det almindelige salær i tilsvarende

⁶⁰ Jf. note 48 ovenfor.

handler. At momsen af sådanne sædvanlige omkostninger skulle udgøre et beløb, som kan begrunde en nedsættelse af momsgrundlaget til 50 pct. af normalsalæret, vil jeg umiddelbart stille mig tvivlende overfor, men faktum er imidlertid, at der ikke skal svares moms af hele normalsalæret, så det momsplichtige beløb kommer til at »svare til« ML § 28, stk. 1, hvorefter fortjenesten til indehaveren ikke indgår i momsgrundlaget. Ifølge Lars Loftager Jørgensen m.fl. skulle tilsvarende praksis kunne anvendes af advokater, men, som det også anføres sammesteds, er der hverken for advokater eller ejendomsmæglere hjemmel i momsloven til at kræve momsen beregnet med halvdelen af normalsalæret.^{61 62}

4. Afrunding

Selvom man har ændret reglerne for håndværkeres mv. udtagning af varer og ydelser og fjernet moms på værdi af eget arbejde, når det udføres i forbindelse med byggeri til eget brug, og således til en vis grad har skabt en ligestilling af de erhvervsdrivendes udtagninger af varer og ydelser til privat brug, så er der stadig områder, hvor byggebranchen må leve med, at der skal beregnes moms på grundlag af salgspris eller en kalkuleret salgspris.

Jeg har flere gange i artiklen været inde på, at det overordnede formål med udtagningsreglerne er, at momsplichtige personer ikke skal kunne opnå en momsmæssig fordel ved at udtage varer og ydelser fra egen virksomhed. Dette formål lever de gældende udtagningsregler imidlertid ikke op til, da de erhvervsdrivende stadig har en momsmæssig fordel, idet der kun skal betales moms på grundlag af de udtagne varers/ydelsers indkøbs-/fremstillingspris. Det betyder, at man ved udtagning af varer og ydelser fra egen virksomhed til privat brug altid sparer momsen af fortjenesten på den pågældende vare eller ydelse. Hvis man derimod betragter udtagningsreglerne som »tilbageføringsregler« og ikke som regler, der skal sikre en momsmæssig neutralitet hos den endelige forbruger, må det siges, at anvendelse af indkøbs-/fremstillingspris som momsgrundlag er en fornuftig betragtning. I skattemæssig henseende sker beskattningen af forbrug af egne varer almindeligvis også som en tilbageføring af de udgifter, der i virksomheden er fratrasket som erhvervsmæssige, men som vedrører indehaverens private forbrug, og som derfor ikke er fradragsberettigede, jf. SL § 6a. Værdien af udtagningen af varer eller ydelser til privat brug beregnes efter de gældende regler i forhold til enten indkøbsprisen eller fremstillingsprisen uden tillæg af normal fortjeneste. Det vil sige, at også i skattemæssig henseende har de erhvervsdrivende en fordel ved at kunne udtage varer/ydelser fra egen virksomhed. Der er som nævnt ovenfor i afsnit 2.2. også mulighed for at anvende de standardsatser, der anvendes i forbindelse med

⁶¹ Jf. op cit. Momsloven med kommentarer s. 479.

⁶² Hvis der derimod er tale om en arkitekt, som ved byggeri for sig selv udarbejder tegninger og forestår projektering af byggeriet, har momsgrundlaget efter de hidtil gældende regler ikke været opgjort efter ML § 28, stk. 1, men efter ML § 28, stk. 3 smh. stk. 2, da disse arbejder var omfattet af udtagningsreglerne i ML § 5, stk. 4. Det betød, at momsgrundlaget udgjorde *hele* normalsalæret, heri også indberegnet en fortjeneste til virksomhedens indehaver, da normalsalæret skulle svare til almindelig salgspris.

skatteansættelsen, som momsgrundlag for visse udtagninger. Det betyder, at de gældende regler i momslovgivningen er med til at skabe en større sammenhæng mellem de skatte- og momsretlige regler, hvilket jeg mener er et positivt tiltag.

I hvilken udstrækning de gældende regler i forbindelse med udtagning af varer og ydelser til privat brug er i overensstemmelse med EU's 6. momsdirektiv, er et andet interessant spørgsmål, men som det vil føre for vidt at komme ind på i denne artikel.

Øget fokus på momsretten

af

Kaj Andersen Ramsløv

1. Indledning

I Danmark skønnes der i år 2003 at ville blive opkrævet skatter og afgifter for i alt 692 mia. kr., hvoraf merværdiafgiften (herefter: momsen) skønnes at udgøre ca. 142 mia. kr. Dette svarer til godt 20 % af det samlede skønnede danske skatte- og afgiftsprovener for 2003.

Set i lyset af momsens provenumæssige betydning har momsretten hidtil spillet en yderst tilbagetrukket rolle på de videregående uddannelsesinstitutioner, bl.a. set i relation til den skatteretlige forskning og litteratur. På Syddansk Universitet og Handelshøjskolen i Århus er de første hold studerende ved at gennemføre uddannelsen til HA (jur.) i skat, hvori indgår faget moms- og afgiftsret, og på Aarhus Universitet udbydes i efteråret 2002 for første gang kursusfaget momsret på den juridiske kandidatuddannelse.

Forskning inden for momsretten i Danmark er siden primo 2001 hidtil blevet varetaget af 2 kandidatstipendiater på Handelshøjskolen i Århus, og fra ultimo 2002 sætter Syddansk Universitet yderligere fokus på den momsretlige forskning med et Ph.D.-projekt, der primært vil blive koncentreret om de momsretlige problemstillinger, der opstår i forbindelse med besvarelse af spørgsmålet om, *hvordan* fastlægges beskatningsstedet (leveringsstedet), når der finder grænseoverskridende levering af tjenesteydelser sted såvel i forbindelse med tjenesteydelser leveret på traditionel vis som elektronisk leverede tjenesteydelser.

Det skal her anføres, at i momsretlig sammenhæng defineres en levering i lov om merværdiafgift § 4, stk. 1, 2. og 3. pkt. således, at ved levering af en vare forstås overdragelse af retten til som ejer at råde over et materielt gode. Levering af en tjenesteydelse omfatter enhver anden levering.

Formålet med denne artikel er primært at belyse nogle af de momsretlige problemstillinger, som det kommende Ph.D.-projekt vil forsøge at tage stilling til. Herudover er formålet dels at give et resume af den danske momslovs tilblivelse og senere ændringer, og dels kort at belyse den subjektive afgiftspligt, nemlig *hvordan* bestemmes det, hvilke juridiske eller fysiske personer der er afgiftspligtige. Derimod vil den objektive afgiftspligt og vederlaget som afgiftsgrundlag ikke blive nærmere belyst.

2. Historik

Med vedtagelse af lov nr. 102 af 31. marts 1967 med ikrafttrædelse 3. juli 1967 fik Danmark den første lov om merværdiafgift (herefter: momsloven). Der skulle dog gå et par år, før betegnelsen merværdiafgift blev indført i overskriften til loven, indtil da blev den ligesom sin forløber betegnet »lov om almindelig omsætningsafgift«. Samtidig med vedtagelsen af lov nr. 102 i 1967 blev lov nr. 211 af 16. juni 1962 om almindelig omsætningsafgift ophævet. Denne forløber for momsloven indførte den første generelle omsætningsafgift på alle nye og brugte varer, som ikke klart var fritaget for afgift. Tjenesteydelser var derimod ikke omfattet af loven. Omsætningsafgiften blev opkrævet i engrosleddet, derfor betegnelsen engros-omsen.

Ved lov om ændring af merværdiafgiftsloven nr. 204 af 10. maj 1978 implementerede Danmark Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem (herefter: 6. momsdirektiv). En væsentlig nyskabelse i 1978-momsloven var, at nu blev alle tjenesteydelser afgiftspligtige, medmindre de udtrykkeligt var nævnt i loven som afgiftsfrie. I dag finder vi sådanne afgiftsfrie tjenesteydelser i momslovens § 13.

Bortset fra mindre justeringer skete der først væsentlige ændringer af momsloven ved lov nr. 363 af 14. maj 1992 som følge af etableringen af EF's indre marked med virkning fra 1. januar 1993 og igen ved lov nr. 375 af 18. maj 1994, der var en egentlig lovrevision med det formål at opnå samme systematik og terminologi, som anvendes i 6. momsdirektiv.

Siden er der foretaget mindre ændringer. Momsloven fremtræder i sin nuværende form som lovbekendtgørelse nr. 804 af 16. august 2000 med senere ændringer, senest lov nr. 409 af 6. juni 2002.

Nye ændringer er på vej. Skatteministeren har den 6. november 2002 med lovforslag L 69 foreslået ændringer vedrørende moms på tjenesteydelser leveret ad elektronisk vej og momsfakturerings samt den 7. november 2002 med lovforslag L 81 foreslået ændring af ligningsloven og momsloven vedrørende fritagelse for skat og moms af værdi af eget arbejde. Det sidste lovforslag L 81 er nærmere omtalt af lektor Susanne Pedersen andetsteds i denne bog. Det første lovforslag L 69 vil blive nærmere behandlet nedenfor.

3. Forudsætninger for betaling af moms til den danske stat

I momslovens § 1 fastslås det, at erhvervsmæssig levering af varer og tjenesteydelser med leveringssted i Danmark er afgiftspligtig. Afgiftspligtig er ligeledes erhvervelse af varer fra andre EU-lande og indførsel af varer fra steder uden for EU. Endelig bestemmer § 1, at afgift efter momsloven betales til staten. Allerede den første momslov fra 1967 havde en tilsvarende bestemmelse, idet denne fastslog, at der skulle svares en afgift til statskassen i alle led af den erhvervsmæssige omsætning af varer og tjenesteydelser, samt ved indførsel af varer fra udlandet.

Betydningen af momslovens § 1 er reelt indskrænket til, at den fastslår, at momsen betales til statskassen, idet det andre steder i momsloven fastsættes, hvilke leverancer og erhvervelser, der er afgiftspligtige. Når begrebet erhvervsmæssig levering stadig er indeholdt i denne indledende bestemmelse, er det for at afgrænse

momslovens anvendelsesområde i relation til privates salg, som ikke er omfattet af afgiftspligten.

Betingelserne for at en levering er momspligtig i relation til den danske stat findes i momslovens kapitel 2, 3 og 4 med kravene om, at en afgiftspligtig person, juridisk eller fysisk, der driver selvstændig økonomisk virksomhed, skal betale afgift af varer og tjenesteydelser, der leveres mod vederlag her i landet, når leveringen har leveringssted i Danmark.

Det skal dog her nævnes, at momspligten naturligvis forudsætter, at den pågældende vare eller tjenesteydelse ikke er omfattet af fritagelsesbestemmelserne i momslovens § 13.

Den subjektive momspligt og fastlæggelse af beskatningsstedet vil i det følgende blive nærmere belyst.

3.1. Lønsumsafgift

Det skal bemærkes, at afgiftspligtige personer, der mod vederlag leverer en række af de varer og tjenesteydelser, som er fritaget for moms efter momslovens § 13, stk. 1, i stedet betaler en lønsumsafgift til staten, jf. § 1 i lovbekendtgørelse nr. 739 af 3. september 2002. Lønsumsafgiften vil ikke blive nærmere behandlet i denne artikel.

4. Subjektiv afgiftspligt

Momslovens § 3, stk. 1 fastslår, at afgiftspligtige personer er juridiske eller fysiske personer, der driver selvstændig økonomisk virksomhed. Afgiftspligtige personer er både momsregistrerede og ikke-momsregistrerede virksomheder, f.eks. er læger og tandlæger afgiftspligtige personer, men ikke-momsregistrerede virksomheder, da leverancer af læge- eller tandlægeydelser i alt overvejende grad er omfattet af fritagelsesbestemmelserne i momslovens § 13, stk. 1, nr. 1.

Det følger af bestemmelsen, at det ikke er afgørende for afgiftspligten, i hvilken juridisk form de afgiftspligtige personer driver virksomhed. Afgørende er derimod indholdet af den selvstændige økonomiske virksomhed.

Bestemmelsen er kortere formuleret end den bagvedliggende bestemmelse i 6. momsdirektiv, art. 4. Art. 4, stk. 1 fastslår, at som afgiftspligtig person anses enhver, der selvstændigt og uanset stedet udøver en af de i stk. 2 nævnte former for økonomisk virksomhed uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed.

Art. 4, stk. 4 i 6. momsdirektiv tilføjer med hensyn til den selvstændige virksomhed, at ved udtrykket »selvstændigt« undtages fra beskatning lønmodtagere og andre personer, for så vidt de er forpligtede over for deres arbejdsgivere ved en arbejdskontrakt eller ved et andet retligt forhold, som skaber et arbejdstager-/arbejdsgiverforhold i relation til arbejds- og aflønningsvilkår og arbejdsgiverens ansvar.

Med hensyn til økonomisk virksomhed omfatter 6. momsdirektiv art. 4, stk. 2 alle former for virksomhed som producent, handlende eller tjenesteyder, samt virksomhed inden for liberale og dermed sidestillede erhverv. Som økonomisk virksomhed anses blandt andet leveringer, der omfatter udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter. Udover

permanent virksomhedsudøvelse omfatter begrebet økonomisk virksomhed også mere lejlighedsvis udøvelse af virksomhed.

Det kan herefter bestemmes, at det for en afgiftspligtig person er karakteristisk, at

- Afgiftspligten omfatter alle former for selvstændig økonomisk virksomhed
- Stedet for udøvelse af virksomheden er underordnet
- Formålet med udøvelsen af virksomheden er underordnet
- Den juridiske form, hvori virksomheden udøves, er uden betydning
- Det er uden betydning, om virksomheden giver over- eller underskud

Det er således uden betydning, hvorvidt den afgiftspligtige person leverer varer eller tjenesteydelser til en anden afgiftspligtig person eller ikke-afgiftspligtig person.

4.1 EF-domstolens praksis

EF-domstolen har i en række afgørelser taget stilling til, hvornår der er etableret økonomisk virksomhed. Her skal bringes et kort udpluk.

4.1.1 Rompelman-dommen

Ved dom af 14. februar 1985, sag C-268/83 fastslog EF-domstolen, at forberedende handlinger til senere faktisk levering af tjenesteydelser er økonomisk virksomhed. Ægteparret Rompelman havde d. 25/11 1978 erhvervet en fordring på den fremtidige ejendomsret til 2 ejerlejligheder i en bygning, hvis opførelse var påbegyndt d. 1/9 1978. Ejerlejlighederne blev anskaffet med henblik på udlejning og skulle benyttes som udstillingslokaler. Skøde på ejerlejlighederne blev først oprettet d. 31/10 1979. Allerede d. 18/10 1979 anmodede Rompelman om tilbagebetaling af indgående moms for de 3 første kvartaler af 1979, hvilket blev afvist af de nederlandske afgiftsmyndigheder med den begrundelse, at udlejning endnu ikke havde fundet sted.

EF-domstolen skulle herefter tage stilling til, hvorvidt erhvervelsen af en fordring på senere overdragelse af ejendomsretten til en fast ejendom, der først skulle opføres, mod betaling af købesummen i rater efterhånden som byggeriet skred frem, allerede skulle anses som påbegyndelsen af udnyttelsen af et materielt gode og dermed som et gode eller en tjenesteydelse, som benyttes til afgiftspligtige leveringer, dvs. udlejning.

Domstolen fastslog, at der ikke er grund til at sondre mellem de forskellige retlige former for forberedende handlinger, herunder mellem på den ene side erhvervelsen af en fordring på den kommende ejendomsret og på den anden side erhvervelsen af selve ejendomsretten. Enhver, der foretager sådanne investeringshandling, der er snævert forbundet med og nødvendige for en senere udnyttelse af en fast ejendom, må folgelig anses som en afgiftspligtig person, jf. art. 4, stk. 1.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt den erklærede hensigt om at ville udleje et kommende gode er tilstrækkeligt til, at det erhvervede gode må anses som bestemt til brug i en afgiftspligtig levering, således at den, der foretager en sådan investering, må anses som afgiftspligtig, bemærkede domstolen, at det påhviler den, der anmoder om momsfradrag, at godtgøre, at betingelserne herfor er opfyldt, herunder at den

pågældende opfylder betingelserne for at anses som afgiftspligtig. Art. 4 hindrer således ikke, at afgiftsmyndighederne kræver den erklærede hensigt bestyrket af objektive momenter, såsom hvorvidt eksempelvis de projekterede lokaler egner sig til en erhvervsmæssig udnyttelse.

Rompelman fik således fradrag for de 3 første kvartaler af 1979 med den yderligere begrundelse, at fradragsretten tilsigter helt at aflaste den afgiftspligtige for den afgift, denne skylder eller har erlagt i forbindelse med al økonomisk virksomhed.

4.1.2 Inzo-dommen

Ved dom 29. februar 1996, sag C-110/94 gik domstolen videre og fastslog, at det ikke kan kræves, at der faktisk udøves afgiftspligtige transaktioner. Spørgsmålet var, om der var tale om udøvelse af økonomisk virksomhed i relation til et selskab ejet af belgiske provinser og kommuner og stiftet med det formål at udvikle og anvende metoder til behandling af hav og brakvand samt at fremstille drikkevand heraf med henblik på vandforsyningen. Virksomheden havde konkret bestået i at bestille og betale en omfattende rentabilitetsundersøgelse, der strakte sig over flere år, vedrørende det påtænkte projekt, samt erhvervelse af en række investeringsgoder. Resultatet af undersøgelsen blev, at projektet ikke var rentabelt og medførte, at selskabet senere måtte træde i likvidation.

De belgiske myndigheder havde løbende tilbagebetalt selskabet den indgående afgift i forbindelse med undersøgelsen og krævede under et kontrolbesøg tilbagebetaling af den refunderede moms.

Heri fik myndighederne ikke medhold med den begrundelse, at når de har anset et selskab for afgiftspligtigt, som har erklæret at ville påbegynde økonomisk virksomhed forbundet med afgiftspligtige transaktioner, kan gennemførelsen af en rentabilitetsundersøgelse anses for en økonomisk virksomhed i den i 6. momsdirektiv artikel 4 anførte betydning, selv om undersøgelsen har til formål at klarlægge, i hvilket omfang den påtænkte virksomhed er rentabel.

Endvidere fastslår domstolen, at fra det tidspunkt, hvor myndighederne på baggrund af de af virksomheden givne oplysninger har accepteret, at virksomheden er afgiftspligtig, kan dette principielt ikke senere ændres med tilbagevirkende kraft, afhængigt af, om bestemte begivenheder indtræffer. Myndighederne kan således ikke bortset fra tilfælde af svig eller misbrug med tilbagevirkende kraft nægte at anse selskabet for afgiftspligtigt, når den påtænkte økonomiske virksomhed ikke blev forbundet med afgiftspligtige transaktioner pga. resultatet af en rentabilitetsundersøgelse.

4.1.3 Birgitte Breitsohl-dommen

Ved dom af 8. juni 2000, sag C-400/98 blev det fastslået, at selv om den økonomiske virksomhed blev opgivet inden den første afgiftsansættelse og de tyske myndigheder på det tidspunkt var klar over, at virksomheden ikke kunne fortsætte, var der tale om påtænkt økonomisk virksomhed og dermed fradragsret for moms betalt i forbindelse med transaktioner med henblik herpå. Breitsohl havde i god tro erklæret at have til

hensigt at påbegynde en økonomisk virksomhed inden for salg og reparation af motorkøretøjer, og erklæringen kunne bestyrkes af objektive forhold.

4.1.4 Renate Enkler-dommen

Dom af 26. september 1996, sag C-230/94. Fru Renate Enkler arbejdede som salgsassistent på sin ægtefælles skatterådgivningskontor. I september 1984 anmeldte hun til de tyske myndigheder, at hun havde udlejning af campingbiler som erhverv, og 2 uger senere købte hun en campingbil. I 1984 fratrak hun indgående moms, selv om campingbilen udelukkende blev benyttet privat. I 1985 stammede 90 % af indtægterne ved udlejning fra hendes ægtefælle, og i 1986 udgjorde ægtefællens lejebetalinger 50 % af den samlede omsætning. I de 3 regnskabsår udlejede Enkler 2 gange campingbilen til andre end ægtefællen, og af de samlede kørte 25.781 km udgjorde lejerens kørsel 3.236 km, og i 1986 meddelte fru Enkler myndighederne, at hun fremover udelukkende ville bruge campingbilen privat.

Domstolen indledte med at fastslå, at udlejning af et materielt gode er en udnyttelse af godet, der skal anses for økonomisk virksomhed, jf. 6. momsdirektiv artikel 4, stk. 2, når udlejningen iværksættes med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter. Det påhviler den, der anmoder om momsfradrag, at godtgøre, at betingelserne herfor er opfyldt, herunder at den pågældende opfylder betingelserne for at anses for afgiftspligtig. Med henvisning til Rompelmansagen gentog domstolen, at afgiftsmyndighederne kan kræve den erklærede hensigt bestyrket af objektive momenter. Den administrative eller retlige instans, som skal tage stilling til problemet, skal følgelig vurdere samtlige konkrete omstændigheder ved afgørelsen af, om formålet med den pågældende virksomhed, i dette tilfælde udlejning af et gode, er at tilvejebringe indtægter af en vis varig karakter.

Blandt de konkrete momenter, myndighederne kan inddrage, er det pågældende godes art. Den omstændighed, at et gode er egnet til en udelukkende økonomisk udnyttelse, er i almindelighed tilstrækkelig til, at dets ejer må anses for at udnytte det til brug for økonomisk virksomhed og følgelig med henblik på at tilvejebringe indtægter af en vis varig karakter. Endvidere kan den periode, hvor godet faktisk udlejes, kundekredsens omfang og indtægternes størrelse sammen med andre omstændigheder, tages i betragtning ved vurderingen.

Konklusionen på dommen blev, at fru Enkler var en afgiftspligtig person, da udlejningen blev iværksat med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter, men den periode, hvor hun havde rådighed over campingbilen, skulle sidestilles med en tjenesteydelse mod vederlag, jf. 6. momsdirektiv artikel 6, stk. 2, litra a, og dermed beskattes. Den tilsvarende bestemmelse findes i momslovens § 5, stk. 3, der fastslår, at med levering mod vederlag sidestilles udtagning af tjenesteydelser til privat brug for virksomhedens indehaver eller til dennes personale eller i øvrigt til virksomheden uvedkommende formål.

Til gengæld er besiddelsen af aktiver ikke i sig selv tilstrækkeligt til at statuere økonomisk virksomhed.

4.1.5 Harnas og Helndommen

Ved dom af 6. februar 1997, sag C-80/95 blev det fastslået, at den blotte erhvervelse til ejendom og den blotte besiddelse af obligationer, som ikke anvendes til nogen anden virksomhedsaktivitet samt modtagelse af afkast deraf, ikke skal anses som økonomisk virksomhed, der indebærer at den, der udøver sådanne transaktioner, bliver afgiftspligtig.

4.1.6 Polysardommen

I dommen af 20. juni 1991, sag C-60/90, der angik et holdingselskab, hvis formål kun var at besidde kapitalinteresser i andre virksomheder, uden at det direkte eller indirekte greb ind i administrationen af disse virksomheder bortset fra, hvad der fulgte af de rettigheder, holdingselskabet havde i sin egenskab af aktionær eller selskabsdeltager, nåede EF-domstolen til, at et sådant holdingselskab ikke var en afgiftspligtig person.

4.2 Krav om realitet

Når først virksomheden er etableret, kræves der en vis realitet i form af faktisk eller reel erhvervsudøvelse med økonomisk risiko og gevinstmulighed.

Af nyere danske afgørelser kan nævnes TfS 2000.192 LSR, hvor et interessentskab skulle tilbagebetale modtaget negativ moms vedrørende revisor- og konsulent-assistance i etableringsfasen for et interessentskab. Landsskatteretten bemærkede, at i modsætning til de faktiske forhold i Inzodommen havde der ikke siden registreringen været nogen momspligtig økonomisk virksomhed, og ikke på noget tidspunkt havde der været foretaget forberedende handlinger med henblik på udøvelse af økonomisk virksomhed.

I TfS 2000.447 VLD fandt landsretten, at samtlige foreliggende omstændigheder ved [den manglende] udnyttelse af ejendommen medførte, at der ikke længere blev drevet selvstændig økonomisk virksomhed, således at grundlaget for afgiftspligt var blevet ændret. Sagen angik en tidligere momsregistreret landbrugsejendom, hvor en væsentlig del af jorden blev solgt fra, og resten blev 1 år senere bortforpagtet. Mellem salget og bortforpagtningen udgjorde den væsentligste indtægtskilde hektartilskud.

I TfS 1995.202 traf Told og Skattestyrelsen afgørelse om, at en fond ikke kunne registreres, da fonden ikke drev selvstændig økonomisk virksomhed med levering af varer og/eller afgiftspligtige tjenesteydelser mod vederlag. Det var oplyst, at fondens indtægter var baseret på indbetalinger fra virksomheder, der var leverandører til fondens medlemmer, idet der ved levering indbetaltes en del af fakturabeløb til fonden. Fondens midler blev anvendt dels som en garantiordning for, at fondens medlemmer betalte fakturaerne, dels til PR-virksomhed, forskning, produktudvikling mv. til gavn for fondens medlemmer.

4.3 Vederlagsfri tjenesteydelser

På den anden side kan en person, der udelukkende leverer vederlagsfri tjenesteydelser, ikke betragtes som en afgiftspligtig person. Dette spørgsmål tog EF-domstolen stilling til i Hong Kong Trade-dommen af 1. april 1982, sag C-89/81, hvor de

nederlandske skatte- og afgiftsmyndigheder havde stoppet en hidtidig praksis, hvorefter myndighederne havde refunderet den merværdiafgift som Hong Kong Trade Development Council's handelsrepræsentation i Amsterdam havde betalt i forbindelse med varer og tjenesteydelser, leveret til organisationen. Organisationens virksomhed i Nederlandene bestod i gratis at give erhvervsdrivende oplysninger og orientering om Hong Kong og de handelsmæssige muligheder på dette område, samt at give erhvervsdrivende i Hong Kong tilsvarende oplysninger om det europæiske marked. Kontorets indtægter stammede fra et årligt fast bidrag fra regeringen i Hong Kong og provenuet af en afgift på 0,5 % af værdien af de varer, der importeres til og eksporteres fra Hong Kong.

EF-domstolen konkluderede i Hong Kong Trade-dommen, at når en tjenesteyders virksomhed udelukkende består i at udføre tjenesteydelser uden direkte modydelse, er der intet beskatningsgrundlag, og de gratis tjenesteydelser er følgelig ikke pålagt merværdiafgift. Tjenesteyderen skulle i dette tilfælde sidestilles med den endelige forbruger.

4.4 Øvrige afgiftspligtige personer

Blot for fuldstændighedens skyld skal det anføres, at momslovens § 3, stk. 2, nr. 13 fastslår, at som afgiftspligtig person anses endvidere:

1. Enhver person, der lejlighedsvis leverer et nyt transportmiddel til et andet EU-land, jf. momslovens § 11, stk. 4
2. Offentlige forsyningsvirksomheder
3. Andre statslige, amtskommunale og kommunale institutioner, for så vidt de leverer varer og tjenesteydelser i konkurrence med erhvervsvirksomheder

5. Fastlæggelse af beskatningsstedet for afgiftspligtige transaktioner

Henset til den stigende globalisering og den øgede handel på tværs af landegrænserne, såvel på traditionel som elektronisk vis medfører, at fastlæggelse af leveringsstedet i momsretlig forstand for grænseoverskridende levering af varer og tjenesteydelser bliver stadigt mere centralt for at få bestemt, hvilket EU-land, der har beskatningsretten til den pågældende levering og dermed også for at få bestemt, efter hvilket EU-lands nationale momslov, det skal afgøres, om der skal betales afgift af leveringen, eller om denne er omfattet af en afgiftsfritagelse efter den pågældende nationale lovgivning. Hvis der skal betales afgift, da at fastslå med hvilken afgiftsats leveringen skal beskattes.

Det 6. momsdirektiv er baseret på 2 fundamentale principper dels et princip om et *ensartet beregningsgrundlag*, der bl.a. skal sikre, at der ikke sker dobbeltbeskatning af afgiftspligtige leveringer eller skabes konkurrencefordrejning, men tillige at afgiftspligtige leveringer inden for EU rent faktisk også bliver beskattet, og dels et *neutralitetsprincip*, der skal sikre, at momsen bliver beregnet efter værditilvæksten i det enkelte omsætningsled, indtil varen eller tjenesteydelsen når frem til den endelige slutbruger.

Den momsretlige fastlæggelse af leveringsstedet for en vare købt i eller solgt til et andet EU-land, volder i de fleste tilfælde ikke de store problemer. Der er tale om

en fysisk genstand, hvis eksistens og opbevaringssted er let konstaterbar. Er køberen en privatperson i et andet EU-land, beregner sælgeren som hovedregel moms efter sit hjemlands lovgivning. Er køberen derimod momsregistreret i forbindelse med drift af selvstændig økonomisk virksomhed – og købet sker i relation til denne virksomhed – beregner køberen moms af erhvervelsen fra det pågældende EU-land efter reglerne i køberens hjemland. For fuldstændighedens skyld skal det blot nævnes, at der ved indførsel fra lande uden for EU beregnes importmoms ved fortoldningen, samt at eksport til lande uden for EU sædvanligvis sker momsfrit, idet momsen ved eksport beregnes efter en såkaldt nul-momssats.

5.1 Hovedregel for bestemmelse af beskatningsstedet for tjenesteydelser

Med hensyn til fastlæggelse af leveringsstedet i forbindelse med levering af grænseoverskridende tjenesteydelser er reglerne mere komplicerede, og det følgende vil derfor udelukkende blive koncentreret om disse regler.

Bestemmelse af leveringsstedet for tjenesteydelser sker dels ud fra et *oprindelsesprincip*, der er hovedreglen, og hvor leveringsstedet er det sted, hvor leverandøren har etableret sin virksomhed og dels ud fra et *destinationsprincip*, hvor leveringsstedet bestemmes ud fra en række undtagelseskriterier.

For begge principper gælder det, at leveringsstedet for tjenesteydelser fastsættes ud fra følgende kriterier:

- hvor leverandøren driver sin økonomiske virksomhed mv.
- hvor tjenesteydelsen præsteres/udføres
- hvor tjenesteydelsen benyttes/udnyttes
- hvor aftageren driver sin virksomhed, har bopæl el. lign.
- hvorvidt aftageren er en afgiftspligtig person

Hovedreglen findes i 6. momsdirektiv artikel 9, stk. 1, der fastlægger, at »*ved leveringsstedet for en tjenesteydelse forstås det sted, hvor den, der yder tjenesten, har etableret enten hjemstedet for sin økonomiske virksomhed eller et fast forretningssted, hvorfra tjenesteydelsen leveres, eller i mangel af et sådant hjemsted eller et sådant fast forretningssted hans bopæl eller hans sædvanlige opholdssted*«. Tilsvarende bestemmelse findes i momslovens § 15, stk. 1.

Når hovedreglen anvendes, er aftagerens afgiftsretlige status uden betydning, ligesom det er uden betydning, hvor tjenesteydelsen udnyttes. Leverandøren udsteder faktura og beregner moms efter den hjemlige nationale lovgivning.

5.2 Afgørelser fra EF-domstolen

Hverken momsloven eller dens forarbejder definerer stedet for økonomisk virksomhed eller det faste forretningssted, men EF-domstolen har taget stilling til de tilsvarende spørgsmål i artikel 9, stk. 1 i 6. momsdirektiv i en række afgørelser.

5.2.1 Berkholz-dommen

Dommen af 4. juli 1985, sag C-168/84 angik et tysk firma, som drev virksomhed med opstilling og drift af spilleautomater, jukebokse og lign. Firmaet havde

installeret hovedparten af disse apparater i restaurationer i Slesvig-Holsten og i Hamburg samt et vist antal spilleautomater om bord på to tyske færger, som sejlede i rutefart mellem Puttgarden og Rødbyhavn. Bortset fra regelmæssigt eftersyn, reparation, udskiftning og afregning foretog firmaet ikke yderligere arbejde om bord på færgerne. Spørgsmålet var, om spilleautomaterne skulle anses som et forretningssted, jf. 6. momsdirektiv art. 9, stk. 1.

5.2.2 Faaborg-Gelting Linien A/S

I dommen af 2. maj 1996, sag C-231/94 skulle EF-domstolen tage stilling til spørgsmålet, om der skulle betales tysk moms i forbindelse med servering af måltider, som indtoges om bord på færger, mens disse befandt sig inden for det geografiske anvendelsesområde for den tyske momslov. Færgerne sejlede i fast rutefart mellem Faaborg og Gelting i Tyskland. Færgeselskabet var dansk, men der var tale om en tysk sag indbragt for EF-domstolen af Bundesfinanzhof. Færgeselskabet fandt, at servering var en tjenesteydelse ifølge den tyske momslov og havde derfor ikke medtaget disse leverancer i selskabets afgiftsangivelser til de tyske afgiftsmyndigheder, idet leveringsstedet jf. 6. momsdirektiv art. 9, stk. 1 måtte forstås som det sted, hvor den, der yder tjenesten, har etableret hjemstedet for sin økonomiske virksomhed. Bundesfinanzhof fandt derimod, at den pågældende form for restaurationsvirksomhed var levering af et gode, hvor leveringsstedet var det sted, hvor godet befandt sig på tidspunktet for leveringen, jf. 6. momsdirektiv art. 8.

5.2.3 ARO Lease BV-dommen

Ved dom af 17. juni 1997, sag C-190/95 fastslog EF-domstolen, at udlejning af personbiler skal momsbeskattes efter reglerne i udlejerens land, uanset at personbilerne blev indregistreret til kørsel i et andet EU-land. Et leasingselskab etableret i én medlemsstat (Holland) skulle således betale moms i denne stat for en flåde af leasingbiler, der gennem selvstændige agenter blev udlejet i en anden medlemsstat (Belgien), hvor bilerne efter kundernes anvisninger både blev indkøbt og indregistreret. ARO Leasing havde ikke kontor eller oplagringsareal for biler i Belgien, og kunderne sørgede selv for vedligeholdelse, betaling af vejskat mv.

For danske virksomheder betød dommen bl.a. adgang til at lease personbiler fra en tysk udlejer og betale den lavere tyske moms af lejebeløbet – også selv om bilerne er indregistreret på danske nummerplader. Da der i Tyskland er fradrag for moms af leasingydelse, kan de danske virksomheder efterfølgende søge den erlagte moms tilbagebetalt fra de tyske myndigheder.

5.2.4 Lease Plan Luxembourg SA-dommen

Dommen af 7. maj 1998, sag C-390/96 mindede om ARO Leasing-dommen, blot var der nu tale om en virksomhed i Luxembourg, der leasede biler ud til kunder i Belgien. Dommen fastslår, at en virksomhed, som er etableret i en medlemsstat, og som udlejer eller leaser et antal biler til kunder, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, ikke alene i kraft af denne udlejning har et fast forretningssted i den anden medlemsstat.

I alle 4 domme fastslog EF-domstolen, at hovedreglen i 6. momsdirektiv, art. 9, stk. 1 skal forstås således, at det sted, hvor tjenesteyderen har etableret hjemstedet for sin økonomiske virksomhed, skal have forrang som tilknytningsmoment, således at et andet etableringssted, hvorfra tjenesteydelsen præsteres, kun kan komme i betragtning, såfremt tilknytningen til hjemstedet ikke er nogen rationel løsning ud fra et skatte- og afgiftsmæssigt synspunkt, eller såfremt den skaber en konflikt med en anden medlemsstat.

Endvidere fastslår EF-domstolen, at det kun kan komme i betragtning at henføre en tjenesteydelse til et andet etableringssted end hjemstedet og dermed tjene som en undtagelse fra kriteriet om hjemstedets forrang, såfremt dette etableringssted har en tilstrækkelig permanent karakter, og at det med hensyn til de menneskelige og tekniske ressourcer har en struktur, der kan gøre det muligt selvstændigt at levere de omtalte tjenesteydelser.

Der stilles således krav om en vis permanent etablering, tilstedeværelse af nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer for at fravige hovedreglen. Samtidig gælder reglen om hjemstedets forrang.

5.3 Modifikationer til hovedreglen

Hovedreglen i artikel 9, stk. 1 om leverandørens etableringssted brydes af en række modifikationer i artikel 9, stk. 2 og 3, og tilsvarende i momslovens § 15, stk. 2 - § 21. Andre kriterier skal således lægges til grund, når der er tale om 1) tjenesteydelser vedrørende fast ejendom, 2) underholdning mv. og sagkyndig vurdering af og arbejder på løsøre, 3) immaterielle tjenesteydelser mv., 4) transportydelser og tilknyttede tjenesteydelser og endelig 5) formidlingsydelser.

Hvorvidt modifikationerne skal anvendes afgøres ud fra kriterier så som: 1) i hvilket land er den faste ejendom beliggende, 2) hvor finder arrangementet sted, 3) hvor befinder det pågældende løsøre sig, 4) er der tale om immaterielle tjenesteydelser, jf. momslovens § 18, 5) hvor starter transporten, 6) kan formidlingsydelsen følge den formidlede tjenesteydelse og 7) ved salg til kunder uden for EU, hvor udnyttes tjenesteydelsen. Hertil kommer aftagerens afgiftsmæssige status, er aftageren en afgiftspligtig person eller en privat person?

Retsvirkningerne af at fastlægge leveringsstedet efter modifikationerne i artikel 9, stk. 2 og 3 er oftest, at beskatningsstedet flyttes fra leverandørens hjemland (og lovgivning) til stedet for den afgiftspligtige aftagers etablering, stedet for den faste ejendoms beliggenhed og i et vist omfang udnyttelsesstedet. Flytningen af leveringsstedet og dermed beskatningsstedet (og betalingspligten) til den afgiftspligtige købers land betegnes i EU sammenhæng som »reverse charge«.

Kan tjenesteydelsen ikke kategoriseres under en af modifikationerne, falder man i stedet tilbage på hovedreglen om leverandørens etableringssted som beskatningssted.

En anden problemstilling opstår, når der er uoverensstemmelse mellem købers og sælgers nationale lovgivning og 6. momsdirektiv med hensyn til, hvorvidt en tjenesteydelse er omfattet af hovedreglen eller af en af modifikationerne. Ved levering af en tjenesteydelse, som i Danmark er omfattet af hovedreglen og eksempelvis i England er omfattet af en af modifikationerne, vil den danske sælger beregne dansk moms, og den britiske køber beregne britisk moms af fakturaværdien

tillagt dansk moms. Er den britiske aftager for eksempel en afgiftspligtig person, som driver momsfritagen virksomhed (og dermed ingen fradragsret), vil aftageren blive udsat for dobbeltbeskatning. I den omvendte situation vil en sådan tjenesteydelse blive leveret momsfrit fra England, men heller ikke blive pålagt moms i Danmark, da Danmark betragter leveringsstedet som værende i England.

6. Elektronisk levering af tjenesteydelser

Det 6. momsdirektivs bestemmelser om leveringsstedet er blevet til på et tidspunkt, hvor elektronisk levering af tjenesteydelser ikke spillede nogen rolle. Den teknologiske udvikling med digital levering af tjenesteydelser har siden afdækket en ny type forretningstransaktioner, som de nuværende regler ikke tager højde for.

Efter de gældende regler skal der ikke opkræves moms ved levering af elektroniske tjenesteydelser til private forbrugere i EU fra leverandører, der er etableret i lande uden for EU. Hvis levering til private forbrugere i et EU-land sker fra en leverandør, der tillige er etableret i et EU-land, skal der opkræves moms i leverandørens hjemland, jf. den tidligere omtalte hovedregel om beskatningsstedet for tjenesteydelser. Dette betyder, at EU-virksomheders leveringer til private i såvel andre EU-lande som lande uden for EU skal pålægges moms.

I et forsøg på at imødegå denne konkurrenceforvridning, har Rådet vedtaget direktiv 2002/38/EF af 7. maj 2002 om ændring og midlertidig ændring af 6. momsdirektiv, hvad angår momssystemet for radio- og tv-spredningstjenester og visse elektronisk leverede tjenesteydelser samt en særordning for ikke-etablerede afgiftspligtige personer, der leverer elektroniske tjenesteydelser til ikke-afgiftspligtige personer.

Direktivet træder i kraft 1. juli 2003 og skal foreløbig gælde 3 år frem. Direktivet afklarer næppe de mange problemstillinger, som elektronisk levering af tjenesteydelser rejser, men der er dog tale om en begyndelse.

I et forsøg på at definere elektronisk leverede tjenesteydelser indeholder direktivet en vejledende liste med eksempler på sådanne tjenesteydelser:

- levering og hosting af websteder, fjernvedligeholdelse af software og hardware
- levering og ajourføring af software
- levering af billeder, tekster og information og tilrådighedsstillelse af databaser
- levering af musik eller af film, spil, herunder hasardspil eller spil om penge, udsendelser eller politiske, kulturelle og kunstneriske begivenheder, sportsbegivenheder, videnskabelige begivenheder eller underholdning
- levering af fjernundervisning.

Gennemførelsen af direktivet i Danmark sker ved det af skatteministeren den 6. november 2002 fremsatte lovforslag nr. L 69: *Forslag til lov om ændring af momsloven (Moms på ydelser leveret ad elektronisk vej og momsfakturering, herunder elektronisk, samt tilpasninger til EU-regler om beskatningssted).*

Næringsbeskatning af ventureaktier?¹

af

Søren Rasmussen

Landsskatteretten har netop afgjort, at et af landets største og ældste ventureselskaber ikke er næringskattepligtig af aktier. Kendelsen er offentliggjort i Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2002.605.

Det forlyder, at endnu en sag er afgjort med samme resultat, men den er (endnu?) ikke publiceret.

Udfaldet har været ventet med spænding, fordi ligningsmyndighederne i Københavnsområdet i foråret 2001 ændrede praksis over for ventureselskaber og anså dem for at være næringsdrivende med køb og salg af aktier.

Nedenfor gennemgår jeg sagen og dens betydning for venturebranchen. Desuden berøres afgørelsen i relation til ventureselskabers omkostninger.

Sagens omstændigheder

Om ventureselskabet

Skatteyderen (i det følgende betegnet Ventureselskabet) er et børsnoteret selskab, der har som forretningsidé at investere ansvarlig og risikovillig kapital i unoterede virksomheder (i det følgende betegnet porteføljevirkksomheder) med fremtidige vækst- og indtjeningsmuligheder. Sigtet er, at investeringerne ud fra en tidshorisont på 5-10 år skal give et årligt afkast, der er højere end det årlige gennemsnitlige afkast ved investering i børsnoterede aktier.

Ventureselskabets investeringer finansieres for langt hovedpartens vedkommende med egenkapital.

Antallet af porteføljevirkksomheder udgjorde ved udgangen af 1997 49 selskaber. Ved udgangen af 2000 var antallet vokset til 61. Gennemsnitligt er ejerandelene i porteføljevirksomhederne på ca. 18 %. Størrelsesmæssigt beløber en investering sig til ca. 15 mio. kr. i gennemsnit.

Ventureselskabets balance udgjorde pr. 31. december 2000 ca. 2,2 mia. kr. En del af Ventureselskabets investeringer har været omfattet af lov om statsgaranti til udviklingsvirksomhed, og Ventureselskabet har i flere tilfælde fået dækket tab på investeringerne ved garantiudbetalinger fra staten.

¹ Artiklen er en bearbejdet version af »Er ventureselskaber næringskattepligtige af aktier?« bragt i SR-Skat 3/02.

Ventureselskabet deltager ikke direkte i den daglige drift i porteføljevirkksomhederne. Investeringerne betinges dog af, at der kan øves indflydelse på den overordnede ledelse gennem en bestyrelsespost.

Endvidere er investeringsbeslutningerne betinget af, at der indgås en aktionær-overenskomst med porteføljevirkshedens øvrige aktionærer om bl.a. gensidig forkøbsret til dokumenteret markedsværdi. Aktionæroverenskomsten regulerer i den forbindelse afhændelsesproceduren og fastsætter bl.a. forskellige tidsfrister vedrørende tilbudspligt og effektivering af forkøbsret mv. Aktionæroverenskomsten sikrer således mod fjendtlig overtagelse, men bevirker samtidig, at afhændelsesprocessen kan blive ganske langvarig. Typisk vil en afhændelse uden komplikationer tage 6-8 uger.

De største aktionærer i Ventureselskabet er forsikringsselskaber og institutionelle investorer, der ejer ca. 40 %, og pengeinstitutter, der ejer ca. 32 %. De resterende aktier er fordelt på mange mindre poster.

Bestyrelsen i Ventureselskabet er sammensat af personer med bred indsigt i dansk erhvervsliv. Investeringsbeslutninger vedrørende porteføljevirksheder træffes som hovedregel af selskabets bestyrelse, dog således at mindre investeringer kan gennemføres selvstændigt af direktionen.

Ventureselskabets investeringsmedarbejdere har ingen tilknytning til den finansielle sektor eller på anden vis erhvervsmæssig erfaring med handel med aktier eller værdipapirer i øvrigt. Medarbejderne har derimod ligesom bestyrelsen bred indsigt i dansk erhvervsliv.

Ventureselskabet foretager kun ganske få investeringer om året, og investeringsbeslutningen træffes efter en grundig undersøgelse af de udvalgte porteføljevirksheder.

Udvikles porteføljevirksheden som forventet, afvikles investeringen typisk ved enten virksomhedssalg eller børsnotering. Afviklingen vil i den situation normalt være inden for den estimerede tidshorisont på 5-10 år.

Udvikler porteføljevirkshederne sig ikke som forventet, afvikles investeringen som hovedregel enten ved overdragelse tilbage til virksomhedens ledelse/iværksættere eller ved nedlukning. I disse situationer vil afvikling/nedlukning ofte finde sted, før der er forløbet 5 år, idet de dårlige investeringer typisk viser sig hurtigere end de gode.

Argumentationen

Selskabsbeskatningens begrundelse

Selskabsbeskatningen begrundede næringsbeskatningen med ... »Efter en samlet vurdering af aktiviteterne i Ventureselskabet er Selskabsbeskatningens opfattelse, at fortjeneste eller tab ved afståelse af aktier i selskabet er omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3, idet det er anset som led i selskabets almindelige virksomhed at investere i aktier i udvalgte virksomheder med henblik på salg med fortjeneste for øje.

Der er ved afgørelsen især lagt vægt på, at Ventureselskabet som sin primære – og eneste – deciderede erhvervsmæssige aktivitet har køb og salg af nævnte porteføljeselskaber, idet de eneste indtægter herudover er udbytter fra disse selskaber

(primært skattefrie), samt afkast af obligationer fra anbringelsen af selskabets overskydende kapital«.

Ventureselskabets argumenter

Ventureselskabet argumenterede imod Selskabsbeskatningen med, at Ventureselskabet ikke driver næringsvirksomhed med handel med aktier som defineret i aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 1.

Ventureselskabets aktieposter er derimod anlægsaktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 2 og dermed undergivet den almindelige 3-årsregel, hvorefter gevinst/tab er skattefri henholdsvis ikke fradragsberettiget efter mindst 3 års ejertid. Gevinster fra aktier, der afhændes inden 3 års ejertid, vil være skattepligtige, mens tab alene kan fradrages i tilsvarende gevinster.

Aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 1, der er uændret siden lovens vedtagelse i 1981, definerer næringsaktier som »... aktier, som er erhvervet som led i den skattepligtiges næringsvej...«. I bemærkningerne til § 3 i lovforslag L 140 af 28. januar 1981 (aktieavancebeskatningsloven) uddybes definitionen: »Aktier anses for næringsaktier i samme omfang som efter hidtidig praksis. Det gælder i første række, når de er erhvervet af skattepligtige, der har som erhverv at handle med aktier og lignende værdipapirer, når aktierne er erhvervet med videresalg for øje«. Praksis stiller yderligere det krav, at videresalgshensigten skal være båret af ønsket om at opnå fortjeneste, jf. Ligningsvejledningen 1997, S.G. 2.3.

Efter hidtil offentliggjort praksis er det stort set kun selskaber, der har som deres erhverv at handle med aktier både for egen og for andres regning, der er blevet anset for næringskatepligtige af aktier. I kerneområdet befinder sig pengeinstitutter og fondsmæglerselskaber, idet der ligefrem antages at være en formodning om, at pengeinstitutters aktiebeholdninger er næringsaktier. Aktier i datterselskaber, der driver virksomhed i »forlængelse« af pengeinstituttets virksomhed, er dog anlægsaktier. Endvidere kan næringsformodningen afkræftes med hensyn til enkeltstående aktieposter, jf. eksempelvis TfS 1993.110 (V) – Morsø Sparekasse.

Når aktiehandlerne ikke er målet (erhvervet) i sig selv, men et middel i en langsigtet værditilvækststrategi, sker der ikke næringsbeskatning, selvom der løbende handles aktier i betydeligt omfang. Forsikringsselskaber og investeringsforeninger er eksempler på det. Cand.polit. Christen Amby anfører i SR-Skat 1989, s. 374, følgende om den skattemæssige behandling af bl.a. investeringsforeninger:

»Det betyder, at omfattet af næringsbeskatningen er typisk pengeinstitutter og fondshandlere i øvrigt (børsmæglere, vekselerere o.l.), medens forsikringsselskaber og investeringsforeninger ikke er omfattet af næringsbegrebet, selvom de jo også har en omfattende daglig handel. Når de ikke er omfattet, skyldes det, at investeringen i aktier normalt er egenfinansieret og har til formål at skabe et løbende afkast og værditilvækst. Netop her vil 3 års reglen jo opfange avancerne ved salg efter korttidsbesiddelse.«

Ventureselskabets formål afviger ikke væsentligt fra formålet for en investeringsforening. Begge enheder har med hver deres særlige investeringsstrategi til formål at skabe et løbende og stabilt afkast, ligesom investeringerne i begge tilfælde

foretages for egne midler. Akkumulerende eller blandede investeringsforeninger er efter årelang praksis ikke blevet anset for næringskattepligtige af aktier.

Det forhold, at Ventureselskabet ikke er etableret som en investeringsforening, skal bl.a. ses i lyset af, at placeringsreglerne i lov om investeringsforeninger og specialforeninger² ikke er forenelig med Ventureselskabets investeringsstrategi om fortrinsvis at investere i unoterede aktier, ligesom ejerandelen i de enkelte porteføljeselskaber i flere tilfælde vil overskride de i lov om investeringsforeninger og specialforeninger fastsatte grænser. Det forhold, at Ventureselskabet ikke udøver sin aktivitet gennem en investeringsforening, kan imidlertid ikke medføre en skærpet næringsbedømmelse i forhold til bl.a. akkumulerende investeringsforeninger, der er undergivet præcis de samme bestemmelser i aktieavancebeskatningsloven³. Praksis vedrørende investeringsforeninger taler således også for, at Ventureselskabet ikke er næringskattepligtig med aktier.

Det er ikke udelukket, at andre virksomheder end pengeinstitutter o.l. kan handelsnæringsbeskattes af aktier, selvom de ikke har det som deres erklærede næringsvej at handle med aktier. En gennemgang af praksis viser dog tydeligt, at handelsnæringsbegrebet i disse tilfælde er ganske snævert.

Ved vurderingen ses der på aktivitetens omfang og på, om aktiviteten har systematisk karakter. De forhold, der tillægges vægt, er omsætningens størrelse og vægt i den skattepligtige økonomi, den regelmæssighed, der har præget køb og salg, omsætningshastigheden, omsætteligheden samt finansieringen (egen- eller fremmedkapital), hvor høj grad af fremmedkapital kan tale for næringsbeskatning. Sammenlignes disse kendetegn med Ventureselskabet, følger det allerede af den beskrevne investerings- og salgsprocedure, at aktierne ikke købes og sælges systematisk. Endvidere er omsætningshastigheden af unoterede aktier langt lavere end børsnoterede aktier, ligesom aktionæroverenskomsten fastsætter bindinger, der yderligere nedsætter omsætningshastigheden og begrænser aktiernes omsættelighed i det hele taget. Det betyder, at det systematiske køb og salg af aktier, der efter praksis er en ufravigelig betingelse for handelsnæringsbeskatning for selskaber, der ikke har som deres erklærede næringsvej at handle med aktier, ganske enkelt ikke er foreneligt med Ventureselskabets forretningsidé eller faktiske virke.

Et tungtvejende element i tvivlstilfælde synes at være, om den/de personer, der håndterer aktiviteten, i øvrigt har professionel tilknytning til det finansielle marked. Selv et ret betydeligt aktivitetsomfang udløser ikke handelsnæringsbeskatning, hvis skatteyderen er advokat (TfS 1996.887 (H)), civilingeniør (TfS 1996.175 (V)) eller edb-konsulent (TfS 1993.287 (LSR)). Personer, der er ansat i pengeinstitutter mv., er derimod i farezonen, jf. TfS 1993.531 H og 1997.472 H (prokurist i vekselererfirma), og TfS 1993.305 V (bankassistent). Det samme kan gælde selskaber, der ansætter personer med vekselerer- eller pengeinstitutbaggrund, TfS 1996.64 H

² Eller lov om innovationsforeninger, der blev indført ved lov nr.1328 af 20. december 2000.

³ Hvis det var tilfældet, kunne aktiviteten eventuelt udøves i en investeringsforening, der falder uden for lov om investerings- og specialforeninger. Derved bevares den skattemæssige status som en investeringsforening, mens placeringsreglerne mv. bortfalder.

(vekselerer). Da Ventureselskabets medarbejdere ikke har en finansiell baggrund, skal der således ekstra meget til, før næringsbeskatningen kan udløses.

Da Ventureselskabet klagede til Landsskatteretten, var der ingen offentliggjorte afgørelser vedrørende venture- og kapitalformidlingsselskaber. Landsskatteretten har dog i en ikke-offentliggjort kendelse fra 1994 bekræftet, at et selskab med venturelignende aktivitet ikke blev anset for næringskattepligtig med aktier. Endvidere havde Ligningsrådet i foråret 2001 afgivet 2 ikke offentliggjorte bindende forhåndsbeskeder om næringssspørgsmålet for 2 private equity-selskaber, der havde til formål at investere i unoterede kapitalandele henholdsvis noterede selskaber med henblik på afnotering. Ligningsrådet har i begge sager tilkendegivet, at selvom der er tale om et ganske betydeligt antal handler, en omsætning af betydeligt omfang og aktiviteten udføres af professionelle aktieudvælgere (stock pickers), findes ventureinvesteringers formål, karakter og langsigtede horisont (typisk 3-5 år) at medføre, at aktiviteten ikke kan karakteriseres som næring i aktieavancebeskatningslovens forstand.

I Tfs 2002.15 blev den første bindende forhåndsbesked vedrørende næringsbeskatning med aktier og venturevirksomhed offentliggjort. Ligningsrådet tager dog kun indirekte stilling til næringssspørgsmålet. Spørgsmålet, der blev rejst over for Ligningsrådet, var, om aktiviteten i et ventureselskab, der var organiseret som et dansk kommanditselskab, som havde til formål inden for 10 år at investere i, udvikle og sælge ca. 10 biotekselskaber, vil udløse begrænset skattepligt til Danmark for udenlandske kommanditister (investorer). Ligningsrådet fastslog, at eftersom kommanditselskabet alene havde til formål at erhverve anlægsaktier, kan den udøvede aktivitet ikke anses for at opfylde betingelsen om, at der skal udøves erhverv fra et fast driftssted her i landet. De udenlandske investorer i kommanditselskabet vil således ikke være begrænset skattepligtige til Danmark.

Med henvisning til, at både offentliggjorte og ikke-offentliggjorte bindende forhåndsbeskeder bekræfter, at ventureselskaber (private equity-selskaber generelt) med en ejertid på 3-5 år ikke opfylder betingelserne for næringsvirksomhed med aktier, vil Ventureselskabet i denne sag, der har en ejertid, der typisk overstiger 5 år, så meget desto mere ikke kunne anses for at drive næringsvirksomhed med aktier.

Endelig gjorde Ventureselskabet gældende, at det forudsætningsvis følger af lov om statsgaranti til udviklingsvirksomhed, lov nr. 365 af 18. maj 1994, at den aktivitet (udviklingsvirksomhed), som Ventureselskabet udøver, ikke er næringsvirksomhed i aktieavancebeskatningslovens forstand.

Lov om statsgaranti til udviklingsvirksomhed havde til formål at fremme den risikovillige kapital til små og mellemstore virksomheder. Forudsat at visse betingelser blev opfyldt, kunne udviklingsselskaberne, dvs. i dette tilfælde Ventureselskabet, få dækket op til 50 % af et eventuelt tab på en porteføljevirk-somhed. I bemærkningerne til § 8 i det fremsatte lovforslag er det om den skattemæssige behandling af udviklingsselskabernes gevinst og tab på aktier anført:

»Gevinster af aktier og anparten, der er ejet i mere end 3 år, vil ikke være skattepligtige, ligesom tab ikke vil være fradragsberettigede. Gevinster fra aktier eller anparten, der afhændes inden 3 år fra anskaffelsesdato, vil være skattepligtige, mens tab alene vil kunne fradrages i tilsvarende gevinster.«

Konklusion og resumé af argumenter

På grundlag af ovennævnte gennemgang af næringsbegrebet for aktier, herunder den meget stærke parallel til investeringsforeninger, er der efter hidtidig praksis og Ligningsrådets seneste bindende forhåndsbeskeder ingen holdepunkter for at næringsbeskatte Ventureselskabet.

De vigtigste argumenter til støtte for, at Ventureselskabet ikke driver næringsvirksomhed med aktier, er:

- For det første er Ventureselskabets formål, forretningsidé og faktiske virke ikke på systematisk vis at handle med aktier, men derimod via nogle få aktieinvesteringer i unoterede selskaber, der supporteres ledelsesmæssigt via bestyrelsesmedlemmer, at opnå en langsigtet værditilvækst.
- For det andet erhverves og afhændes der rent faktisk kun ganske få aktieposter hvert år.
- For det tredje er investeringerne egenkapitalfinansieret.
- For det fjerde adskiller investerings- og udvælgelsesprocessen i Ventureselskabet sig væsentligt fra det systematiske køb og salg af aktier, der er kendetegnende for pengeinstitutter og fondsmæglerselskaber.
- For det femte bevirker indgåelse af aktionæroverenskomster indeholdende bl.a. gensidig forkøbsret, at aktierne ikke er frit omsættelige, og systematisk handel med aktierne er derfor ikke mulig.
- For det sjette har investeringsmedarbejderne i Ventureselskabet ingen professionel tilknytning til det finansielle marked.
- For det syvende vil næringsbeskatning være i strid med forudsætningerne bag lov om statsgaranti til udviklingsvirksomhed.
- For det ottende overstiger den gennemsnitlige ejertid for aktierne i Ventureselskabet den typiske ejertid på 3-5 år inden for venturebranchen, hvorfor Ventureselskabet så meget desto mere ikke kan anses for at drive næringsvirksomhed med aktier.

Som et sikkerhedsnet i tilfælde af, at Landsskatteretten besluttede at følge Selskabsbeskatningens synspunkt om næringsbeskatning, blev det gjort gældende, at forhøjelsen af Ventureselskabets skattepligtige indkomst er udtryk for en skærpelse af praksis, som efter almindelige forvaltningsretlige principper kun kan ske med virkning for fremtiden. Dette princip er bl.a. kodificeret i Processuelle regler på Told•Skats område 2001, E.1.

En sådan skærpelse af praksis kan ikke ske med tilbagevirkende kraft, men kan tidligst få virkning for aktiesalg, der sker fra og med datoen for Selskabsbeskatningens agterskrivelse.

Landsskatteretten udtaler

»Ifølge ABL § 3, stk. 1, medregnes fortjeneste eller tab ved afståelse af aktier, som er erhvervet som led i den skattepligtiges næringsvej, ved opgørelsen af den skattepligtige almindelige indkomst.

Selskabets eneste aktivitet er investeringer i aktier i selskaber, der har behov for kapitalindskud, med det formål at udvikle porteføljevirkomhederne. I forbindelse

med disse investeringer betinger selskabet sig indflydelse i porteføljevirksohmeder-
nes bestyrelse, og at der indgås aktionæroverenskomster med de øvrige aktionærer,
men selskabet deltager efter det forklarede ikke i den daglige drift af porteføljevirk-
sohmederne, ligesom der herudover alene i begrænset omfang stilles finansiering til
rådighed. Selskabet har i de omhandlede 4 år foretaget henholdsvis 8, 8, 8 og 14 nye
investeringer og har solgt aktier i henholdsvis 7, 6, 13 og 6 selskaber efter at have
ejet aktierne i perioder mellem 8 måneder og 12 år.

Uanset den professionelle tilrettelæggelse af selskabets investeringsvirksomhed
og investeringernes omfang finder Landsskatteretten i overensstemmelse med en
udtalelse fra Told- og Skattestyrelsen, at selskabets køb og salg af de omhandlede
aktier ikke er sket som led i sådan næringsvirksomhed, som efter praksis kan anses
for omfattet af ABL § 3, stk. 1. Der er herved bl.a. henset til det begrænsede antal
køb og salg af aktier og omsætningshastigheden.«

Landsskatterettens fremhævelse af det begrænsede antal køb og salg og aktiernes
omsætningshastighed er netop karakteristisk for venturevirksomhed. Det må kunne
tages til indtægt for, at Landsskatteretten anerkender, at ventureinvesteringer er en
særlig form for aktieinvesteringer, der efter praksis ikke kan anses for omfattet af
aktieavancebeskatningslovens § 3, stk. 1.

Derimod er det ikke indlysende, hvorfor Landsskatteretten udtaler, at »selskabet
deltager efter det forklarede ikke i den daglige drift af porteføljevirksohmederne,
ligesom der herudover alene i begrænset omfang stilles finansiering til rådighed«.

Hvad betyder afgørelsen for venturebranchen?

Afgørelsen har stor principiel betydning for venturebranchen. Landsskatterettens
afgørelse bringer så at sige retsstillingen tilbage til udgangspunktet, hvor det stort set
kun er pengeinstitutter og fondsmæglerselskaber, der anses for næringsskattepligtige
med aktier.

Det er selvfølgelig klart, at der er tale om en konkret afgørelse, og det kan altid
diskuteres, hvor godt eller hvor dårligt den passer på andre ventureselskaber. I denne
sag var der særligt mange argumenter, der talte imod næringsbeskatning, og det har
helt fra begyndelsen været svært at forstå, hvorfor Selskabsbeskatningen netop
valgte at afprøve deres næringssynspunkt på dette Ventureselskab.

Det interessante er selvfølgelig at forsøge at fastslå, hvor mange af de oplyste
argumenter, der kan undværes, uden at resultatet ændres.

Det må kunne lægges til grund, at den eksisterende lovgivning med tilhørende
praksis ikke indeholder hjemmel til at næringsbeskatte traditionel ventureaktivitet.

Selvom det væsentligste aktiv i et ventureselskabs balance er aktier, har
ventureselskaber ikke som deres erklærede næringsvej at handle med aktier og andre
værdipapirer. Ventureselskaber er derfor i givet fald omfattet af et særlig snævert
næringsbegreb. Det snævre næringsbegreb forudsætter bl.a., at aktierne sælges og
købes systematisk, ligesom det kræver regelmæssighed og et betydeligt antal handler
om året. For at dette er muligt, er det nødvendigt:

- at aktierne er frit omsættelige
- at aktierne prisfastsættes ofte
- at aktierne ikke skal ejes i minimumsperioder

- at der er tale om mindre aktieposter
- at den samme aktie kan købes, sælges, genkøbes og sælges på ny.

Systematisk køb og salg af aktier og regelmæssig handelsaktivitet mv. forudsætter, at aktierne enten er børsnoteret eller noteret på en anden form for autoriseret markedspads. Selvom det ikke fremgår af ret mange af de offentliggjorte afgørelser om næringsbeskatning af aktier, se dog TfS 2000.872 (H), er der på dette grundlag holdepunkter for at antage, at aktienæring må forbeholdes handel med noterede aktier.

Ventureaktivitet (ventureaktier) er karakteriseret ved, at:

- aktierne er unoterede og ikke frit omsættelige
- ventureinvesteringer ikke er tilgængelige for offentligheden
- aktierne typisk ejes i 3-5 år
- ejerandelene er så store, at der opnås indflydelse på selve driften af porteføljevirk-somheden
- ventureselskabet er aldrig inde og ude af den samme investering flere gange.

Disse karakteristika umuliggør systematisk køb og salg. Tværtimod er det sædvanligt, at ventureselskaber afvikler deres aktieposter, når selskabet bliver noteret.

Hovedkonklusionen er derfor, at ventureaktivitet på grund af sin helt unikke form for investeringsstrategi ikke opfylder den fundamentale betingelse i det snævre næringsbegreb om, at aktierne skal købes og sælges systematisk mv. Det systematiske i ventureaktivitet består ikke i selve købs- og salgstransaktionerne, men derimod i virksomhedsanalyser, vurdering af ideer og forretningspotentiale, tilførsel af risikovillig kapital, så ideer kan udvikles og testes, ledelsesmæssig supportering, udvidelse af netværk mv.

Det er imidlertid for tidligt at konkludere, om Landsskatteretten er enig i mit synspunkt, idet den omtalte sag paradoksalt nok var for stærk til for alvor at sætte spørgsmålet på spidsen.

Fradrag for omkostninger i ventureselskaber

Selskabsbeskatningen havde i sin kendelse medtaget en subsidiær betragtning.

»Det bemærkes, at Selskabsbeskatningen alene har anset Ventureselskabets udgifter til personale og administration mv. for fradragsberettigede ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst under hensyntagen til, at selskabet er anset for næringsdrivende efter aktieavancebeskatningslovens § 3 med handel med aktier, da udgifterne primært anses at vedrøre denne aktivitet.

Det er således Selskabsbeskatningens opfattelse, at såfremt selskabet ikke kan anses for næringsdrivende ved handel med aktier, skal nævnte udgifter efter et konkret skøn tillægges aktiernes anskaffelsessum, da udgifterne ikke kan anses for at være afholdt for at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten i årets løb, jf. statsskattelovens § 6 a.«

Landsskatteretten valgte ikke at behandle Selskabsbeskatningens subsidiære betragtning, hvilket ud fra retssikkerhedsmæssige synspunkter er en rigtig

beslutning. Ligningsmyndighedens opgave er at ansætte den skattepligtige indkomst til det, som de mener er rigtigt – hverken mere eller mindre. Indførelsen af subsidiære betragtninger under ligningen undergraver rekursystemet, forældelsesregler og opfylder ikke forvaltningsrettens grundprincip om, at modtageren skal vide, hvilken afgørelse forvaltningen har truffet. Landsskatteretten kan dog behandle klagesager i deres helhed, men behandlingen af nye betragtninger bør som hidtil kun ske rent undtagelsesvis og ikke systematisk, som forsøgt indført af Selskabsbeskatningen.

Det kan ikke afvises, at Selskabsbeskatningen fastholder sin subsidiære betragtning og efterfølgende vil nægte fradrag for personale- og administrationsomkostninger i ventureselskaber (der ikke er næringsskattepligtige med aktier). I hvilket omfang og efter hvilke retningslinjer, det overhovedet er muligt at nægte fradrag for bl.a. lønomkostninger i selskaber, er en meget principiel problemstilling. Hvis ligningsmyndighederne rejser sagen, må det derfor forventes, at Landsskatteretten eller domstolene også vil komme til at afgøre dette spørgsmål.

Jeg mener, at statsskattelovens driftsudgiftsbegreb fører til, at ventureselskaberne har krav på fradrag, uanset om hovedparten af deres indkomst måtte bestå i skattefrie aktiegevinster.

Jeg mener også, at de udgifter til advokat og revisor, som for »almindelige« virksomheder kan fradrages i medfør af ligningslovens § 8 J, er sædvanlige driftsudgifter for ventureselskaber, fordi deres primære aktivitet netop er at opsøge og udvælge egnede investeringsobjekter.

Et andet spørgsmål, som blot skal nævnes i denne forbindelse, er, hvilket selskab der er rette omkostningsbærer for udgifter til f.eks. due diligence forud for en investeringsbeslutning. Problemerne er behandlet af skattepartner Hanne Søgaard Hansen i SR-Skat 6/01, side 381-387. Der er ingen tvivl om, at emnet vil afføde en del skatteretlige afgørelser, før praksis falder på plads.

Når det anerkendes, at ventureaktiviteten udøves professionelt, udgifterne afholdes i selskabets interesse og under overholdelse af arm's length princippet, vil fradragsretten skulle anerkendes, jf. statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a. Det forhold, at gevinster på aktier ejet i tre år eller mere er skattefrie i aktieavancebeskatningsloven, ændrer ikke ved, at ventureaktivitet i forretningsmæssig forstand er erhvervs-mæssig aktivitet. Endvidere har fradragsretten efter statsskatteloven ikke hidtil været betinget af, om indtægterne var skattepligtige som følge af næringsbeskatning.

Aktindsigt i EU-dokumenter – et Ph.D.-projekt

af

Henriette Schjøth

1. Introduktion

På baggrund af intense forhandlinger mellem Rådet og Europa-Parlamentet vedtog Rådet i midten af maj 2001 forordningen om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter.¹ Retsakten er den foreløbige kulmination i en udvikling af ikke bare aktindsigt, men åbenhed i en større målestok, der har præget EU op gennem 1990'erne.

Forordningen afløste to afgørelser om aktindsigt vedtaget af Rådet og Kommissionen² på baggrund af et adfærdskodeks fra 1993, der indeholdt principper om adgangen til aktindsigt.³

Åbenhed anerkendes i dag som én af EU's politikker og har sågar sit eget logo, men vejen har ikke været let. I diskussionen om og udviklingen af aktindsigt står det klart, at der er delte meninger om, hvor progressiv EU bør være, både blandt medlemsstaterne og EU's institutioner. For så vidt angår førstnævnte befinder flere af medlemsstaterne sig på hver sin yderfløj. De mest liberale lande er Holland, Sverige og Danmark, mens man på den modsatte side finder lande, hvis egne retssystemer traditionelt har været baseret på en mere lukket offentlig forvaltning, som f.eks. Frankrig og Storbritannien.⁴ EU's virksomhed var selv indtil for 10 år siden kendetegnet ved en udpræget lukkethed.

¹ Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EF) Nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter, EFT 2001 L 145/43.

² Rådets afgørelse 93/731/EF af 20. december 1993, EFT 1993 L 340/44, og Kommissionens afgørelse 94/90/EKSF, EF, Euratom af 8. februar 1994, EFT 1994 L 46/59.

³ Adfærdskodeks for aktindsigt i Rådets og Kommissionens dokumenter (93/730/EF), EFT 1993 L 340/42.

⁴ Jf. *Frederik Sejersted, Innsyn og Integration*, 1997, s. 19. Tony Bunyan ser fløjene således: »A handful of EU governments, acting through the Council of Ministers, have played an important role. This group has been led by Denmark and Sweden, sometimes backed by the Netherlands, Finland and the UK. The forces of secrecy have been led by France backed by Spain and Germany. On occasion nine EU member states have publicly lined up on the side of secrecy – France, Spain, Belgium, Luxembourg, Germany, Portugal, Italy, Austria and Greece...« jf. *Secrecy and openness in the European Union*, 2002, introduction (www.freedominfo.org/case/eustudy/index.html)

På institutionsplan synes udviklingen mest præget af et politisk pres fra medier og offentligheden. Særligt har Rådets tiltag et klart defensivt præg, hvor man aldrig går længere, end hvad der er absolut nødvendigt i den konkrete situation.⁵

Europa-Parlamentet var i forhold til Rådet og Kommissionen sent på færde med hensyn til at gennemføre regler om aktindsigt i institutionens dokumenter.⁶ Til gengæld har Parlamentet tilsyneladende vist sig villig til at gå længere. Da Kommissionen den 28. januar 2000 fremlagde sit forslag til forordning om aktindsigt,⁷ blev det mødt med kritik for at være et tilbageskridt samt med et omfattende ændringsforslag i en rapport fra Europa-Parlamentet.⁸

Forhandlinger om forordningens endelige udformning kom først for alvor i gang det følgende forår. De var som nævnt meget intense, og flere ændringsforslag kom på bordet. Et af stridspunkterne handlede om, i hvilken grad aktindsigtforordningen havde virkning i medlemsstaterne. Det var langt fra et nyt problem og har især spillet en rolle i forholdet mellem EU og Sverige.

Da Sverige den 1. januar 1995 blev medlem af unionen skete det med erklæring om, at man ville støtte arbejdet for større åbenhed i EU samt en erklæring til tiltrædelsestraktaten om betydningen af offentlighedsprincippet. Sveriges udmelding var så kompromisløs, at det førte til en moderklæring fra EU, hvor man sagde, at det blevet taget for givet, at svenskerne ville respektere EU-retten.⁹

Problemet dukkede også op i den såkaldte Tidningen-sag, T-174/95,¹⁰ der blev afgjort af Retten i Første Instans den 17. juni 1998.

Svenska Journalistförbundet havde anlagt sag mod Rådet på baggrund af institutionens afslag på aktindsigt over for forbundets avis »Tidningen Journalisten«. Journalisten havde begæret aktindsigt i 20 dokumenter vedrørende politisamarbejdet Europol, men havde fået afslag på 16 af dokumenterne med henvisning til, at offentliggørelse ville skade offentlighedens sikkerhed og fortroligheden omkring Rådets forhandlinger, uden at dette nærmere blev uddybet. Begæringen var et led i avisens test af åbenheden i Rådet, og man havde til sammenligning allerede søgt og opnået aktindsigt i 18 af dokumenterne hos de svenske myndigheder. Tilsvarende gjorde sig i øvrigt gældende, da det danske dagblad Information efterfølgende begærede aktindsigt i de samme dokumenter hos Udenrigsministeriet i København.

⁵ Jf. *Frederik Sejersted*, s. 19.

⁶ Det skete først ved afgørelse 97/632/EF af 10. juli 1997.

⁷ Hjemlet i EF-traktaten art. 255 fremlagde Kommissionen: Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om aktindsigt i dokumenter fra Europa-parlamentet, Rådet og Kommissionen, KOM(2000)30 – 2000/0032(COD), EFT 2000/C 177 E/10.

⁸ ***1 Report on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents. Dokument A5-0318/2000, Part 1: Draft legislative Resolution og Part 2: Explanatory Statement, PE 285.961. Udarbejdet af Udvalget om Borgernes friheder og Rettigheder og Retlige og Indre Anliggender.

⁹ Jf. *Frederik Sejersted*, s. 17.

¹⁰ Svenska Journalistförbundet mod Rådet, Samling af Afgørelser 1998 side II-2289.

Sverige, Danmark og Holland intervererede til fordel for Svenska Journalistförbundet, mens Storbritannien og Frankrig støttede Rådet, der mente, at Sverige havde overtrådt EU-regler ved at udlevere dokumenterne.

Retten gav Svenska Journalistförbundet medhold. Man kom frem til, at begrundelsen for afslag var for mangelfuld.¹¹

Retten undlod at tage stilling til, om Rådet havde været forpligtet til at udlevere dokumenter, eller om Sverige havde forbrudt sig mod EU-retten ved at gøre det.

Den svenske regering, der havde sat alt ind på at få vedtaget aktindsigtforordningen under landets formandskab (første halvår af 2001), var opmærksom på problematikken om forordningens virkning i medlemsstaterne.¹²

Umiddelbart forekommer forordningen at være udarbejdet med Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen som adressat, hvad der fra politisk side har været fremhævet. Således gav Statssekretær Hans-Eric Holmqvist, som repræsentant for det svenske formandskab, udtryk for følgende:

»Vi har altid sagt, at øget åbenhed og gennemsigtighed i unionen ikke skal føre til mindre åbenhed i medlemsstaterne. For de skandinaviske lande har det måske været det væsentligste spørgsmål i processen.

Hvor er vi så i dag? Kommissionens forslag havde ikke til formål at påvirke den nationale lovgivning, og Parlamentet har hele tiden sagt, at det også var på den måde. Derfor er jeg glad for at kunne sige Dem, at forslaget ikke griber ind i nationale myndigheders beføjelser til at træffe beslutninger i nationale lovgivninger, og det er også gjort klart i præambelen.

I nogle tilfælde vil medlemsstaterne skulle rådføre sig med den institution, dokumentet kommer fra, men det er den nationale lovgivning, der gælder.»¹³

Henvisningen til forordningens præambel er der som sådan dækning for, men det kan anføres, at der i denne tekst – som i Hans-Eric Holmqvist's udtalelse – er en vis underspillet modifikation til, at forordningen ikke griber ind i nationale regelsæt på aktindsigtområdet.

»(15) Selv om denne forordning hverken tilsigter eller medfører en ændring af national lovgivning om aktindsigt, er det dog klart, at medlemsstaterne, i kraft af princippet om loyalt samarbejde, der anvendes i forbindelserne mellem institutionerne og medlemsstaterne, bør sørge for ikke at hindre anvendelsen af denne forordning, og at de bør overholde institutionernes sikkerhedsforskrifter.«

Det virker nærliggende, at præambelens betragtning 15 bærer budskabet om, at der gælder et modificerende loyalitetsprincip i forhold til et udgangspunkt om medlemsstaternes autonomi. Denne antagelse er i overensstemmelse med, at det EU-retlige grundprincip, der kaldes princippet om medlemsstaternes processuelle og organi-

¹¹ Jf. præmis 127.

¹² Se artiklen »Ny försäkran av Lejon (svensk demokratiminister, red.): Sverige viker inte från öppenhetlinjen«, Journalistförbundets Tidning Journalisten, den 23. marts 2001.

¹³ Jf. Referat af Europaudvalgets temahøring om åbenhed i EU 23/4-01, Info-note – bilag 165 (2000-01).

satoriske autonomi, ikke er uden undtagelser. Allerede da råds- og kommissionsafgørelserne var gældende, blev det fremhævet, at emner som f.eks. aktindsigt, tavshedspligt, begrundelse, domstolsprøvelse, myndighedsorganisation og -samarbejde i visse tilfælde var undergivet særlige fællesskabsretlige regler.¹⁴

Meget tyder altså på, at vi står med det samme problem, som EF-Domstolen undlod at behandle i Tidningen-sagen.

2. Problemformulering

Formålet med dette projekt er at analysere aktindsigtforordningens formelle og materielle virkning generelt i forhold til EU's medlemsstater og konkret i forhold til Danmark. Det indebærer en nærmere analyse af følgende overordnede faktorer: For det første om forordningen gælder i medlemsstaterne til trods for, at den umiddelbart tilsigter at regulere retten til aktindsigt i dokumenter hos Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen. For det andet om EU-retten principielt forpligter medlemsstaternes myndigheder til ved handling eller undladelse at sikre den retstilstand, som forordningen etablerer. Og for det tredje om forordningen begrænser nationale myndigheders handlefrihed på aktindsigtområdet, og i så fald på hvilken måde. Det er meningen, at analysen skal lede frem til en vurdering af, om forordningen efter sit indhold medfører, at der sker en harmonisering af medlemsstaternes egne lovgivninger om aktindsigt.

Projektets tese er, at aktindsigtforordningen gælder umiddelbart i medlemsstaterne, og at de herved underlægges et forpligtende normativt regelsæt, der sætter rammer for henholdsvis anvendelsen af gældende nationale aktindsigtregler og vedtagelsen af nye.¹⁵ Dette udstrækkes til en antagelse om, at forordningen som en konsekvens af dens gælden i medlemsstaterne reelt er udtryk for en harmonisering. Hermed menes, at medlemsstaternes vil tilnærme sig hinanden i bestræbelserne på hver især at gennemføre en national retstilstand, der ikke kompromitterer EU-retten.

I hvert fald for så vidt angår ret til indsigt i den type dokumenter hos nationale myndigheder, der hidrører fra EU's institutioner eller andre medlemsstater, og som vedrører EU's aktivitetsområder; samt dokumenter, der nok er oprettet hos en national myndighed, men som også indeholder oplysninger om unionsanliggender.

På den baggrund vil der være tale om en optionel harmonisering; en metode, hvor medlemsstaterne pålægges at indføre en EU-retsakts regler, men får mulighed for at fastsætte eller bibeholde et parallelt sæt regler.¹⁶ Da forordningen imidlertid giver medlemsstaterne en adgang til at henvise sagsbehandling af en aktindsigtbegæring

¹⁴ Jf. *Niels Fenger*, Fællesskabsrettens påvirkning af dansk forvaltningsret, 1998, 2. udg., s. 2.

¹⁵ Jf. *Melin og Schäder*, EU:s konstitution, 1998, s. 23: »Maktmonopolet inskränks alltså i den mening att rätten att föreskriva rättigheter och skyldigheter för enskilda rättssubjekt begränsas.«

¹⁶ Jf. *Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen*, EU-retten 2, 1999, s. 9.

til institutionerne,¹⁷ vil harmoniseringen nok være mest mærkbar for medlemsstater med en liberal indstilling til offentlighed, og som derfor måtte ønske at holde sagsbehandlingen på egne hænder.

Derudover vil omfanget af harmoniseringen kunne betegnes som partiel, hvad der betyder, at harmoniseringen alene dækker nogle områder, men ikke alle i tilknytning til det regulerede område.¹⁸ Tanken er her, at medlemsstaterne ikke som institutionerne er bundet af forordningen som helhed. De vil fortsat kunne agere inden for princippet om medlemsstaternes forvaltningsprocessuelle autonomi, dog under iagttagelse af de begrænsninger, som er nødvendige for at undgå, at der efter nationale offentlighedslovgivninger gives aktindsigt i dokumenter, som institutionerne nægter aktindsigt i efter forordningens bestemmelser.¹⁹

Det er ydermere min tese, at adgangen til EU-dokumenter, der befinder sig hos danske myndigheder, allerede forvaltes i overensstemmelse med fællesskabsretten, omend det sker på et problematisk hjemmelsgrundlag i dansk ret, der ikke gør det klart for borgerne, at den almindelige ret til aktindsigt også er stærkt reguleret fra Bruxelles.

Den konsekvens, at indskrivningen af et loyalitetsprincip i forordningens præambel indebar et indhug i princippet om medlemsstaternes institutionelle og processuelle autonomi, blev bl.a. konstateret af Peter Dyrberg, chef for den juridiske tjeneste i EFTA-myndigheden. Han anbefalede – såfremt man var af den opfattelse, at et sådan indhug burde undgås – at præambelen i Kommissionens forslag blev ændret, så den alene indeholdt en betragtning, der kort og godt fastslog, »at forordningen på ingen måde hindrer anvendelsen af nationale aktindsigtregler, hvad enten disse er mere eller mindre restriktive end EU's regler«. I forlængelse heraf understregede han, at »meningen med forordningen er jo ikke at påbegynde en harmonisering af nationale regler, hvad der i øvrigt heller ikke er hjemmel til i den pågældende traktatbestemmelse.«²⁰ En sådan ændring skete imidlertid ikke, som det fremgår af foregående afsnit. Den nuværende retstilstand må dermed formentlig have aktualiseret det hjemmelsproblem, som Peter Dyrberg berørte, hvilket vil blive diskuteret i projektet.

Ved problemstillingen om forordningens virkning i medlemsstaterne er hovedvægten lagt på den aktindsigt, der tilkommer borgerne i al almindelighed. En udløber af problematikken er imidlertid, om forordningen indeholder facetter, der er af særlig relevans for medier og journalister.

Den 10 år lange diskussionen om gennemsigtighed, offentlighed og åbenhed har blandt andet handlet om offentlighedens, det vil sige privatpersoner, interesseorganisationer, pressen mv., adgang til information og dermed muligheden for at få

¹⁷ Jf. art. 5, 2. led.

¹⁸ Jf. Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, s. 11.

¹⁹ Denne opfattelse svarer til Niels Fengers jf. s. 20.

²⁰ Jf. Peter Dyrberg, Hemmelighedskræmmeri – en del af Unionens forvaltningskultur?, EU-ret og Menneskeret nr. 2, juni 2000, s. 57.

indflydelse på de beslutninger, der træffes.²¹ I den sammenhæng spiller pressen en særlig rolle, der bl.a. går ud på at informere om, og ikke mindst kontrollere myndighedsudøvelse på vegne af borgerne. Det er anført, at det centrale i pressefriheden altid vil være den nyhedsformidling, der søger at realisere ideen om pressen som den 4. statsmagt, det vil sige som det organ, der efter bedste evne og på borgernes vegne skal kontrollere henholdsvis den lovgivende, den udøvende og den dømmende statsmagt i videste forstand. Herunder hører blandt andet afsløringer af embedsmandsmisbrug og politisk korruption. Derudover skal pressen i mere bred almindelighed berette om politiske bevægelser, herunder græsrodsbevægelser, om sociale, politiske og kulturelle begivenheder og om afvigeres, kriminelles og minoriteters forhold og skæbner.²²

I lyset af denne informations- og kontrolfunktion, som pressen antages at sidde inde med, vil det blive undersøgt, om der i forordningen er særligt medierelevante facetter, og om de kan få indflydelse i dansk ret. Tilsvarende undersøges, om de hensyn til pressen, som den danske offentlighedslov tager,²³ undermineres som følge af aktindsigtforordningen. Min tese er, at begge dele er tilfældet.

3. Afgrænsning

Projektets omdrejningspunkt er offentlighedens ret til at gøre sig bekendt med dokumenter, som institutioner og myndigheder ligger inde med. Det indebærer, at beslægtede emner som en udvidet ret til aktindsigt for parlamentarikere og personer med partsstatus falder uden for.

Forordningen omhandler flere aspekter af offentlighedens adgang til dokumenter hos EU-institutionerne. Centralt står retten til aktindsigt på begæring, herunder regler, der præciserer omfanget af de dokumenter, der er omfattet af retten; regler om myndighedernes sagsbehandling af en indsendt begæring samt borgerens mulighed for at klage over et afslag.

²¹ Jf. Europaudvalget, Info-note I 135, løbenr. 16370, hvori EU-konsulent *Anja Trier Wang* også skriver: Der er især tre punkter, der nævnes i diskussionen om offentlighed, gennemsigtighed og åbenhed i EU, nemlig: 1. Offentlighedens mulighed og behov for kontrol med EU-myndigheders handlinger og undladelser og dermed forhåbentlig begrænse magtmisbrug og korruption. 2. Offentlighedens mulighed for deltagelse i og påvirkning af EU-beslutningsprocessen bliver bedre. 3. Højere kvalitet i beslutninger, når offentligheden har haft mulighed for at påvirke beslutningerne i løbet af processen, og når beslutningstagerne i EU ved, at de kan blive stillet til regnskab for deres beslutninger og baggrunden herfor.

²² Jf. *Preben Stuer Lauridsen*, *Pressefrihed og personlighedsret*, 1988, s. 85 f.

²³ I Vejledning til lov om offentlighed i forvaltningen, VEJ nr 11687 af 03/11/1986, anfører daværende justitsminister, *Erik Ninn-Hansen* i forordet: »Jeg vil også gerne fremhæve, at offentlighedsordningen er af særlig betydning for pressens nyheds tjeneste. En almindelig adgang til at blive gjort bekendt med dokumenter inden for de forskellige forvaltningsgrene stiller et omfattende nyhedsmateriale til pressens rådighed, der kan medvirke til, at pressen kan informere offentligheden på et rigtigt faktisk grundlag«. Det følger af vejledningen, at pressen har en særlig gunstig position i forvaltningen af offentlighedsloven.

Desuden indeholder forordningen også bestemmelser om direkte adgang til dokumenter i elektronisk form samt oprettelse af registre over institutionens dokumenter, hvilket kan betragtes som en udbygning på en allerede eksisterende praksis i EU, der har udviklet sig gennem de seneste år, navnlig i form af offentliggørelse af lovgivningsdokumenter²⁴ på internettet. Denne praksis, der kan betegnes som en form for institutionel informationsvirksomhed, vil ikke blive genstand for selvstændig behandling.

Mit fokus er overordnet styret af perspektivet, hvad har en borger ret til at få af oplysninger, fremfor hvilke oplysninger myndighederne selv vælger at lægge frem; underforstået at der langt fra altid vil være et sammenfald af oplysninger i de to situationer, særligt ikke hvor oplysningerne angår kontroversielle forhold. Dog skal man være opmærksom på, at registrene eller offentliggjorte dokumenter på unionens hjemmesider kan have en indirekte betydning for behandlingen af en aktindsigtbegæring, og i så fald vil det blive inddraget. Dette er også grunden til, at afhandlingen i kapitel 4 indeholder et afsnit, der kort beskriver den institutionelle informationsvirksomhed.

4. Projektets væsentligste elementer

Undersøgelse af aktindsigtforordningens formelle og materielle virkning i medlemsstaterne udmønter sig i fem trin.

I relation til det første trin vil jeg foretage en retsdogmatisk gennemgang af gældende ret vedrørende aktindsigt i dokumenter, som Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen ligger inde med. Det normative indhold af forordningens bestemmelser om retten til aktindsigt, herunder de processuelle regler, der sikrer denne ret, vil blive beskrevet.

Dette sker ved hjælp af de fortolkningsprincipper og retskilder, som EF-domstolen lægger til grund. Domstolen har desuden i en del sager konkret haft anledning til at fortolke de tidligere gældende råds- og kommissionsafgørelser, og i det omfang dette fortsat er relevant til belysning af den nuværende retstilstand, vil retspraksis blive udførligt inddraget. Det samme er tilfældet med Den Europæiske Ombudsmands udtalelser, der må have retskildemæssig vægt, al den stund ombudsmandsinstitutionen er tillagt kompetence efter forordningen til at efterprøve institutionernes afslag på aktindsigt. Desuden inddrages litteratur, hvor den f.eks. bidrager til forståelsen af retspraksis, beskriver reglernes anvendelse i en institutionel kontekst og konkret eksemplificerer de interesser og dokumenter, som i forordningen alene beskrives i generelle termer.

Gennemgangen af gældende ret påbegyndes med fastlæggelse af forordningens målsætning, som er af stor betydning ikke bare ved fortolkningen af bestemmelsernes indhold, men også senere i forbindelse med den konkrete behandling af spørgsmålet om preemption. Gennemgangen foretages efter følgende systematik:

²⁴ Dvs. dokumenter, der er udarbejdet eller modtaget som led i procedurer vedrørende vedtagelse af retsakter, som er bindende i eller for medlemsstater, jf. aktindsigtforordningen artikel 12, stk. 2.

1. Forordningens målsætning
2. Forordningens anvendelsesområde
3. Ret for personer
4. Retten til aktindsigt
5. Procedure ved behandlingen af aktindsigtbegæring
6. Prøvelse af endeligt afslag hos EF-domstolen

Denne systematik vil med mindre justeringer blive anvendt i afhandlingens forskellige analyser.

På det andet trin beskæftiger projektet sig med forordningens formelle virkning i medlemsstaterne. Her indledes der med en beskrivelse af de retsvirkninger, som følger af, at EU har valgt at regulere et givent område ved en forordning. Efter art. 249 i EF-traktaten er forordninger almen gyldige, bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat. Spørgsmålet er da, på hvilken måde aktindsigtforordningen kan skabe pligter for nationale myndigheder, når retsaktens på flere måder forekommer atypisk i forhold til forordningens karakteristika, som beskrevet i art. 249. Her skal kort påpeges, at aktindsigtforordningen tilsyneladende har en adressat, nemlig Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen, og dermed ikke synes at være almen gyldig. Det forekommer heller ikke problemfrit, at en retsakt, der specifikt regulerer EU-institutioners sagsbehandling samtidig er bindende i alle enkeltheder og umiddelbart gælder i medlemsstaterne. Ikke mindst taget i betragtning, at der som udgangspunkt eksisterer et forbud mod at implementere forordninger i national ret,²⁵ hvad der risikerer at komplicere medlemsstaternes anvendelse af reglerne.

Det leder hen til en diskussion af loyalitetsprincippet i EF-traktatens art. 10, som betragtning 15 i aktindsigtforordningens præambel lægger sig op af. Princippet normative krav til medlemsstaterne vil blive beskrevet. Herunder om art. 10 uanset gengivelsen i forordningens præambel er juridisk forpligtende.

Derefter vil jeg behandle spørgsmålet om den optagne lovgivningsplads/preemption, det vil sige spørgsmålet om, under hvilke betingelser eksistensen af en EU-regel, eller en EU-kompetence til at regulere, kan antages at optage et reserveret rum for national regeludstedelse.²⁶

Til belysning af de ovenfor nævnte problemstillinger inddrages bestemmelsernes ordlyd samt relevante fortolkningsbidrag fra EF-domstolens praksis og retsvidenskabelig litteratur.

På det tredje trin gennemføres en undersøgelse af forordningens materielle virkning i medlemsstaterne. Den kan anskues som en konkretisering af medlemsstaternes handelfrihed på aktindsigtområdet i forlængelse af den mere generelle gennemgang af kompetenceforholdet mellem EU og medlemsstaterne, perspektiveret af forordningens indhold.

²⁵ Jf. sag 39/72, Kommissionen mod Italien, præmis 17.

²⁶ Jf. *Hjalte Rasmussen*, EU-ret i kontekst, 2001, s. 328.

Analysen drejer sig i første omgang om de forpligtelser for medlemsstaterne, som efter ordlyden og ved fortolkning kan udledes af bestemmelser i forordningen. Dernæst videreføres diskussionen om de forpligtelser, der udspringer af loyalitetsprincippet, her som det specifikt er formuleret i præambelens betragtning 15. Opmærksomheden vil være fokuseret på, om denne betragtning udbygger de EU-retlige krav til medlemsstaterne i forhold til dem, der følger af en fortolkning af forordningsbestemmelser.

I lyset heraf gennemgås efterfølgende de forskellige aspekter af adgangen til aktindsigt med henblik på at fastslå, om der for hvert aspekt eksisterer en kompetence til at vedtage eller opretholde nationale regler, der er henholdsvis mere liberale/mere restriktive end forordningen. Problemstillingen er særligt orienteret mod den handlefrihed – eller mangel på samme – det gør sig gældende ved aktindsigt i EU-dokumenter.

Når jeg har valgt at operere med en teoretisk sontring mellem nationale retssystemer, der har enten en mere liberal eller en mere restriktiv regulering end forordningen, skyldes det, at en udførlig gennemgang af forholdet mellem forordningen og samtlige nationale lovgivninger langt ville overskride rammerne for projektet.

Der vil blive givet eksempler på regler, hentet fra nationale offentlighedslove, som er mere liberale/mere restriktive, men det er vigtigt at understrege, at disse regler inddrages til illustration af sontringen. Der må derfor tages forbehold for, at reglerne optræder løsrevet fra sine fulde sammenhænge.

På det fjerde trin i problemstillingen om forordningens formelle og materielle virkning i medlemsstaterne vil jeg give et konkret eksempel på forordningens konsekvenser i én medlemsstat; nemlig den danske. Her er platformen den danske offentlighedslov²⁷ med de fortolkningsbidrag, der kan hentes i forarbejderne, udtalelser fra Folketingets Ombudsmand og relevant litteratur.

Det er min agt at give en retsdogmatisk beskrivelse af den samlede retstilstand for så vidt angår den almindelige – generelle, kunne man også kalde den – adgang til aktindsigt i Danmark. Det vil sige løbende gennem beskrivelsen af offentlighedslovens regler samtidig perspektivere i relation til de aspekter af aktindsigtforordningen, der også gælder i medlemsstaten Danmark.

Hovedvægten vil blive lagt på en præsentation af samspillet mellem dansk ret og EU-ret, der kendetegner retstilstanden på området i dag, selvom det langt fra står klart, hvis man blot henholder sig til Lov om offentlighed i forvaltningen. Af samme grund vil beskrivelsen heller ikke gå i dybden med hensyn til problemstillinger, der angår offentlighedslovens enkelte bestanddele isoleret fra den EU-relaterede sammenhæng.

På det femte trin er projektet nået til det punkt, hvor der vil blive taget stilling til, om forordningen harmoniserer medlemsstaternes aktindsigtlovgivninger. Det EU-retlige begreb »harmonisering« beskrives ud fra retspraksis og retsvidenskabelig litteratur med henvisning til de relevante bestemmelser i traktatgrundlaget. I forhold

²⁷ Lov nr. 572 af 19.12.1985 om offentlighed i forvaltningen.

til denne beskrivelse vurderes derpå, om aktindsigtforordningen, som den gælder i medlemsstaterne på baggrund af de ovenfor beskrevne undersøgelser, kan betegnes som harmonisering.

Til belysning af de for pressen særligt relevante facetter ved den almindelige ret til aktindsigt vil der ske en løbende diskussion heraf i takt med, at disse aktualiseres i behandlingen af retten til aktindsigt efter forordningen, offentlighedsloven og samspillet mellem de to reguleringer.

At sådanne facetter ikke tages ud til selvstændig behandling et sted skyldes, at det bagvedliggende hensyn til journalisters ret til aktindsigt ikke adskiller sig markant fra borgernes, som det f.eks. er tilfældet for parlamentarikere og sagsparter.

Journalisten anvender regler om aktindsigt i udøvelsen af en informations- og kontrolfunktion, der er styret af en professionsorienteret målsætning om at varetage offentlighedens interesse. På den baggrund vil en journalists interesse i aktindsigt kunne siges at være skærpet i forhold til den enkelte borgers, men grundlæggende er der tale om det samme interessemæssige fundament.

Til den løbende beskrivelse af de for pressen relevante facetter vil der blive inddraget forarbejder til de nævnte reguleringer, hvilket især har betydning ved den danske offentlighedslov, udtalelser fra henholdsvis Den Europæiske og Folketingets Ombudsmand samt bidrag fra litteraturen. Retspraksis i dansk- eller unionsregi inddrages ikke i denne sammenhæng, da det antages, at der ikke foreligger nogen judiciel stillingtagen til det specifikke forhold mellem presse og aktindsigtregulering.

Nye retningslinjer for nationale reklameregler – en kommentar til sag C-405/98, Gourmet International

af

Michael Steinicke

Domstolen har med sin afgørelse af 8. marts 2001, *Gourmet International*, begrænset virkningen af *Keck*-afgørelsen fra 1993. I artiklen undersøges det, hvilken betydning afgørelsen kan forventes at få for den fremtidige anvendelse af EF-traktaten på nationale reklameregler.

I *Gourmet International* blev der taget stilling til både spørgsmål vedrørende tjenesteydelsenes frie bevægelighed og varenes frie bevægelighed. Den primære interesse samler sig om varenes frie bevægelighed. I det følgende behandles afgørelsens betydning i forhold til art. 49 ikke, dog berøres spørgsmålet om *convergence*¹ kort i afsnit 5.

1. Indledning

I sin afgørelse i C-267-268/91, *Keck og Mithouard* fastslog Domstolen, at EF-traktatens art. 28 om varenes frie bevægelighed skulle fortolkes således, at nationale regler, som regulerede de salgsformer og markedsføringsmetoder, som anvendtes i de enkelte medlemsstater, udelukkende var omfattet af bestemmelsen, såfremt de nationale regler ikke diskriminerede.

Nærmere bestemt fastslog Domstolen, at en national regulering, der vedrører markedsføring, falder uden for anvendelsesområdet for art. 28, såfremt to betingelser er opfyldt. For det første skal den nationale ordning finde »anvendelse på alle berørte erhvervsdrivende« og for det andet skal den nationale bestemmelse såvel retligt som faktisk påvirke afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde. Domstolen afsluttede med at påpege, at »når disse betingelser er opfyldt, kan en anvendelse af sådanne bestemmelser på salg af varer fra en anden medlemsstat, som opfylder de af denne stat fastsatte regler, ikke antages at forhindre, at varerne får adgang til markedet eller medfører større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer.«²

Efter nogle år med en konsekvent anvendelse af *Keck*-doktrinen på nationale salgs- og markedsføringsregler, er der dog i årenes løb opstået tvivl om betydningen af *Keck*-doktrinen, særligt set i sammenhæng med bemærkningen i præmis 17. Der

¹ Convergence dækker det begreb, at reglerne om de frie bevægeligheder ensrettes, således at de indholdsmæssigt og prøvelsesmæssigt harmoniseres.

² *Keck og Mithouard*, præmis 16 og 17.

kan ud fra ordlyden af disse præmisser af Keck-sagen opstå tvivl om, hvilken af de to forhold (Keck-doktrinen eller markedsadgangen) der skal være afgørende.

2. De Agostini

I de første år efter Keck-sagen var Domstolen konsekvent i sin praksis og afgjorde derfor alle sager, der vedrørte reklame- og markedsføringsregler med henvisning til Keck-doktrinen. Den første fravigelse fra denne praksis kom i C-34-36/95, De Agostini. I denne sag lagde Domstolen første gang vægt på andre forhold end Keck-doktrinen ved afgørelse af sager vedrørende nationale salgsregler.

I sagen tog Domstolen stilling til svenske regler der fastsatte, at der i TV ikke måtte vises reklamer, der rettede sig til børn under 12 år. Et svensk datterselskab af en italiensk legetøjsvirksomhed havde i en TV-reklame henvendt sig til børn i forbindelse med en reklame for et tidsskrift med titlen »Alt om Dinosaurier«. Den svenske konsumentombudsman nedlagde forbud mod at vise den pågældende reklame med henvisning til reglerne om TV-reklamer rettet mod børn under 12 år. De Agostini modsatte sig dette og bestred i forbindelse med sagens anlæggelse ved de svenske domstole, at den svenske regulering var i overensstemmelse med EU-retten.

Resultatet i De Agostini-sagen blev, at Domstolen ikke afviste, at et reklameforbud som det svenske havde en større virkning på *udenlandske* virksomheder, som forsøgte at trænge ind på markedet for produkter til børn, end tilfældet var på svenske virksomheder.

Det må siges, at der i sagen ikke var tale om forskelsbehandling i den traditionelle betydning, som begrebet ses i EU-retten. Selv om Domstolen ikke direkte formulerede det således, skal sagen nok nærmere ses som et udtryk for, at de svenske reklameregler reelt havde den virkning, at markedet for legetøj og bøger til børn ville være lukket for udenlandske virksomheder, da TV var det afgørende reklame-medie til netop den målgruppe.

Efter De Agostini-sagen gik der en periode, hvor Domstolen stadig ofte anvendte Keck-doktrinen, men hvor der nu var en vis tvivl om, hvorvidt Keck-prøvelsen var den eneste prøve, som Domstolen ville anvende på markedsføringsregler. Med Gourmet International-sagen må det antages, at der findes et reelt alternativt til Keck-prøvelsen.

3. C-405/98, Gourmet International

Den 8. marts 2001 afsagde Domstolen dom i sag C-405/98, Gourmet International Products AB, i en sag, der var forelagt af Stockholms tingsrätt.³ Sagen omhandlede en række svenske regler, som forbød eller stærkt begrænsede mulighederne for at reklamere for drikkevarer, som indeholdt alkohol. De nærmere omstændigheder var følgende: den svenske lovgivning om markedsføring af alkoholholdige drikke bestemte, at »Af hensyn til den sundhedsfare, der er forbundet med indtagelse af alkohol, skal der udvises særlig tilbageholdenhed« ved markedsføring af sådanne

³ Sagen er bl.a. kommenteret af Dirk Buschle, European Law Reporter, 2001, s. 76 og Stefan Leible i Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001, s. 253. Sagen er ligeledes refereret af Charlotte Bach Ryhl og Thomas Ryhl i Ugeskrift for Retsvæsen 2001 B, 509.

drikke. Sådan markedsføring måtte ikke være påtrængende, opsøgende eller opfordre til indtagelse af alkohol. Loven bestemte yderligere, at der ikke måtte reklameres for alkoholholdige drikke i tv eller radio, samt at der ikke måtte reklameres i periodiske tidsskrifter eller andre skrifter, som kan sidestilles hermed. Udendørs reklamer og direkte forsendelser til forbrugerne blev antaget at stride mod kravet om at udvise tilbageholdenhed. Den mulighed, som reelt var til stede for producenterne, var reklamering i brancheblade, hvilket loven tillod.

Gourmet International Products AB udgav et tidsskrift med titlen »Gourmet«. I en udgave af dette blad havde der været flere annoncer for alkoholiske drikke, bl.a. for vin og whisky. Reklamerne fandtes udelukkende i den udgave af tidsskriftet, som udsendes til abonnenter, og således ikke i den udgave, som var beregnet til løssalg. Abonnementerne af bladet havde en sådan sammensætning, at 90 % var erhvervsdrivende og 10 % var private.

Konsumentombudsmanden i Sverige fandt reklameringen i strid med loven om alkoholreklamer og fremsatte begæring om nedlæggelse af forbud mod reklameringen sammen med fastsættelse af bøde til Gourmet International for medvirken hertil. Gourmet International gjorde gældende, at den svenske reklamelovgivning vedrørende alkohol var i strid med EU-retten og med henblik på undersøgelse heraf, fandt den svenske domstol grund til at forespørge Domstolen om traktatens art. 28 og 49 skulle fortolkes således, at de er til hinder for et »generelt forbud mod reklame« som det svenske.

I sagens præmis 18 henvises til Keck-sagen og det anføres, »at det i henhold til Keck og Mithouard-dommens præmis 17 er en betingelse for, at nationale bestemmelser, der begrænser eller forbyder bestemte former for salg, falder uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 30, at de ikke må kunne forhindre, at varer fra en anden medlemsstat får adgang til markedet, eller medfører større ulempe i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer.«

Om det pågældende markedsføringsforbud anførte Domstolen, at »det må imidlertid lægges til grund, at et reklameforbud som det, hovedsagen vedrører, ikke alene forbyder en form for salgsfremmende foranstaltning for en vare, men reelt forbyder producenter og importører enhver udsendelse af reklamemeddelelser over for forbrugere, bortset fra mindre betydningsfulde undtagelser.«⁴

Domstolen anfører, at »Selv uden, at det er nødvendigt at foretage en nærmere gennemgang af de faktiske omstændigheder, der er kendetegnende for situationen i Sverige, idet det påhviler den nationale ret at foretage en sådan gennemgang, er Domstolen i stand til at konstatere, at et forbud – når der er tale om varer som alkoholholdige drikkevarer, hvis indtagelse er knyttet til samfundsmæssige traditioner samt til skik og brug og lokale sædvaner – mod enhver reklame over for forbrugere gennem annoncer i pressen og i radioen og tv, ved uopfordret direkte tilsendelse af reklamemateriale eller ved udendørs reklame kan medføre større

⁴ Gourmet International, præmis 20.

ulemper for adgangen til markedet for varer med oprindelse i andre medlemsstater end for indenlandske varer, som forbrugerne umiddelbart kender bedre.»⁵

Forhold som de lovfæstede undtagelser til reklameforbudet og adgangen til at anvende redaktionel reklame kunne ikke føre til et andet resultat, særligt i betragtning af, at tilladelsen til at udlevere skrifter med reklamer på salgsstederne reelt kun kom Systembolaget til gode, og at indenlandske producenter måtte antages at have lettere adgang til redaktionel reklame end deres konkurrenter i andre medlemsstater.

Hvor størstedelen af den praksis, der er afsagt efter Keck, er baseret på Keck-doktrinen og den ufleksible opdeling, som denne afgørelse repræsenterer, viser Domstolen nu i visse tilfælde en adgang til at lade de faktiske forhold være styrende og dermed ikke blot foretage en ukritisk anvendelse af Keck-doktrinen.

En acceptabel retstilstand kræver, at der er en vis forudsigelighed i forbindelse med anvendelsen af et givet regelsæt. Gourmet International kan som udgangspunkt ikke siges at bidrage i den henseende. Det er formålet med det følgende at forsøge at afklare visse af de uafklarede forhold, som Gourmet International desværre efterlader. Et af de vigtigste spørgsmål, som søges besvaret i det følgende, er om Gourmet International kan ses som et brud med den hidtidige Keck-praksis.

4. På vej væk fra Keck-doktrinen?

Ved første øjekast virker Gourmet International som en klar afvigelse fra den etablerede Keck-praksis. Det er dog ikke nødvendigvis tilfældet. Der kan anlægges to synsvinkler på fortolkningen af Gourmet International og De Agostini. For det første kan det påstås, at der i disse afgørelser anvendes en anden prøvelse end Keck-prøvelsen. Denne mulighed er som udgangspunkt oplagt, da det fremgår særligt af Gourmet International, at Keck-doktrinen ikke skal anvendes. For det andet kan det påstås, at de to sager blot er et udtryk for en præcisering af Keck-afgørelsen, og at både prøvelse og resultat i sagerne er i overensstemmelse med Keck. I det følgende undersøges disse fortolkningsmuligheder.

4.1 Gourmet International i overensstemmelse med Keck-prøvelsen

I det omfang Gourmet International og De Agostini skal forstås som værende i overensstemmelse med Keck-praksis, er der flere variable, der kan være afgørende. Forhold som kunne forklare den tilsyneladende uoverensstemmelse mellem Keck og de nævnte domme er bl.a. en alternativ fortolkning af diskriminationsforbudet og en præcisering af sammenhængen mellem Keck-doktrinen og præmis 17. Disse muligheder diskuteres i det følgende.

4.1.1 Anvendelsen af et alternativt diskriminationsbegreb

Størstedelen af litteraturen har set Keck-doktrinen 2. led som en diskriminationsprøvelse. Det er ikke sikkert, om denne antagelse kan opretholdes med Gourmet International-dommen.

⁵ Gourmet International, præmis 21.

Diskriminationsbegrebet inden for EU-retten afgrænses således, at der foreligger forskelsbehandling, hvor uens situationer behandles ens, samt hvor ens situationer behandles uens. Det fællesskabsretlige diskriminationsbegreb opdeles i to typer af diskrimination: direkte og indirekte diskrimination. I begge tilfælde forudsættes det, at der sker en eller anden form for forskelsbehandling – ved direkte (retlig) diskrimination sker forskelsbehandlingen på baggrund af nationalitet eller oprindelse, ved indirekte (faktisk) diskrimination sker forskelsbehandlingen på anden baggrund, men med samme virkning som nationalitetsdiskrimination. Diskrimination forudsætter med andre ord, at en gruppe udsættes for andre vilkår eller betingelser end en anden gruppe. Der kan således ikke foreligge diskrimination, hvis der ikke foreligger en forskelsbehandlende *handling*. Alligevel kan en ikke-forskelsbehandlende national regulering have en effekt, som faktisk har en forskellig *virkning* for omsætningen af indenlandsk producerede varer i forhold til importerede varer. At der foreligger en sådan effekt medfører ikke, at der foreligger forskelsbehandling, som det er krævet i Keck-doktrinen 2. led.

Det kan yderligere overvejes om Keck-doktrinen i virkeligheden er udtryk for forskelsbehandling. Betingelsen i 2. led af Keck-doktrinen kræver, at der skal ske »faktisk påvirkning«, hvilket ikke nødvendigvis forudsætter forskelsbehandling af en eller anden form.

Til trods herfor, tyder konklusionen i Gourmet International på, at man alligevel vurderede, at der var tale om en faktisk forskellig påvirkning af importerede varer. Domstolen konkluderede således, at »et reklameforbud som det, hovedsagen vedrører, må således anses for i højere grad at påvirke afsætningen af varer med oprindelse i andre medlemsstater end indenlandske varer og dermed at udgøre en hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne, som er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 30.«⁶

Generaladvokaten anførte i sit forslag til afgørelse, at »de her omhandlede reklamerestriktioner ikke alene kan hindre samhandlen inden for Fællesskabet, men også faktisk påvirker afsætningen af indenlandske varer på anden måde end afsætningen af varer fra andre medlemsstater og i højere grad hindrer markedsadgangen for de sidstnævnte varer end markedsadgangen for indenlandske varer. Når dette er tilfældet, kan *undtagelsen* i henhold til Keck-dommen ikke under nogen omstændigheder gælde«, jf. forslaget punkt 38. Generaladvokatens udtalelse er uheldig, da den kan give indtrykket af, at Keck-prøvelsen (dvs. anvendelsen af Keck-doktrinen) er en egentlig undtagelsesbestemmelse. Udover det terminologisk uhensigtsmæssige heri, må det påpeges, at der er visse kendetegn for anvendelsen af undtagelsesbestemmelser inden for EU-retten (en restriktiv fortolkning af undtagelsernes anvendelsesområde og medlemsstaternes bevisbyrde for berettigelsen af undtagelserne), og at disse kendetegn ikke gør sig gældende i forbindelse med Keck-doktrinen. Generaladvokatens sammenblanding kunne endvidere give anledning til den forkerte opfattelse, at Keck-doktrinen sidestilles med undtagelsespraksis efter art. 30 og Cassis de Dijon-praksis.

Gourmet International kunne således forklares med, at Keck-doktrinen 2. led ikke, som hidtil antaget, indeholder en egentlig diskriminationsprøvelse (hvad formulerin-

⁶ Gourmet International, præmis 25.

gen dog tyder på), men at det afgørende er, om der er faktisk forskel på effekten for importerede eller indenlandske produkter, og altså ikke om der forskelsbehandles. Hverken i De Agostini eller i Gourmet International var der tale om diskrimination i traditionel forstand (se også ovenfor), men derimod (muligvis) faktisk forskel på effekten af forbudene. Hvis denne fortolkning af Keck-doktrinen 2. led er korrekt, vil det afvige fra litteraturens hidtidige fortolkning af Keck.

På denne baggrund er det vanskeligt at forene ikke-diskrimination i Gourmet International og De Agostini med Keck-doktrinen, og muligheden, for at disse afgørelser er i overensstemmelse med Keck-praksis, skal således baseres på andre forhold.

Der er den sammenhæng mellem forbudsbestemmelsen i art. 28 og undtagelsesbestemmelserne til denne bestemmelse, at undtagelserne opremses i art. 30 altid kan anvendes, hvorimod den udvidede gruppe af hensyn, som er etableret ved Cassis de Dijon-praksis⁷ udelukkende kan anvendes i det omfang, den nationale regel ikke forskelsbehandler. I det omfang det kan antages, at Domstolen er konsekvent i denne sammenhæng, vil man, hvis Domstolen anvender Cassis de Dijon-hensyn i forbindelse med en sag, kunne se, om Domstolen har betragtet den nationale bestemmelse som diskriminerende eller ej. Det vil således udelukkende være ikke-diskriminerende nationale regler, som vil kunne begrundes i Cassis-hensyn. I Gourmet International opstod denne problemstilling ikke, da hensynet bag var den offentlige sundhed, hvilket er et af de hensyn, der opremses i art. 30. I De Agostini var det bagvedliggende hensyn forbrugerhensyn – et hensyn, der ikke ses i art. 30, dvs. et Cassis de Dijon-hensyn. Under forudsætning af, at der var konsekvens i Domstolens praksis, ville dette betyde, at Keck-doktrinen ikke skal opfattes som en diskriminationsprøvelse.

4.1.2 Øget fokus på markedsadgangen – præcisering af Keck præmis 17

Baggrunden for, at det har interesse, at Domstolen begynder at fokusere på markedsadgangen i forbindelse med prøvelsen af nationale reklameregler er, at der ikke hidtil har været nogen særlig fokus på markedsadgangen ved anvendelsen af art. 28. Domstolen har ofte henvist til, at overholdelse af Keck-doktrinen ville medføre, at markedsadgangen ikke hindres for det pågældende produkt, eller at der ikke ville opstå større ulempe i den sammenhæng, men der er aldrig foretaget nogen egentlig prøvelse af, om markedsadgangen *rent faktisk* blev påvirket. Domstolen har således ikke foretaget en egentlig prøvelse af markedsadgangen i perioden efter Keck-sagen, dvs. fra efteråret 1993 indtil 2001 (når bortses fra De Agostini-sagen). På denne baggrund har det været anført, at Keck-dommens præmis 17 blot skal ses som en retsfiktion,⁸ som ikke skulle tillægges selvstændig betydning ved prøvelsen af art. 28.⁹ Set i dette lys må det nærmere overvejes, om Domstolens anvendelse af markedsadgangen som afgørende kriterium for overholdelse af art. 28 skal ses som

⁷ Se sag 120/78, Cassis de Dijon.

⁸ En retsfiktion er en faktisk formodning, som en domstol foretager og anvender for at støtte sin afgørelse, uanset at formodningen ikke er baseret på virkelige forhold.

⁹ Se Peter Oliver i Common Market Law Review, 1999, s. 798.

et brud med den hidtidige praksis (Keck-praksis) eller blot som en præcisering af forholdet mellem Keck-doktrinen og Keck-afgørelsens præmis 17.

I De Agostini foretages der ikke nogen nærmere overvejelser om forholdet mellem Keck-doktrinen og vurderingen af markedsadgangen og denne afgørelse kan ikke ses at bidrage til vurderingen af samspillet. I Gourmet International foretog Domstolen både henvisning til Keck-doktrinen og markedsadgangen. Det fremgår ikke alene af afgørelsen, at begge prøvelsesmåder nævnes, men ligeledes fremstår Domstolens behandling således, at der er tale om en vis sammenhæng mellem de to prøvelsesmåder.¹⁰

En fortolkning af De Agostini og Gourmet International i retning af, at disse ikke er et brud med hidtidig Keck-praksis, men blot er en præcisering af forholdet mellem Keck-doktrinen og Keck-afgørelsens præmis 17, er måske den mest sandsynlige fortolkning af de to afgørelser. Problemet er blot, at en sådan anvendelse af Keck-afgørelsen medfører uundgåelige problemer, som nok vanskeligt lader sig løse på tilfredsstillende vis.¹¹ I afsnit 4.3. neden for gennemgås de prøvelsesmæssige udfordringer De Agostini og Gourmet International medfører.

4.2 Gourmet International ikke i overensstemmelse med Keck-praksis

Her skal det prøves, om Gourmet International i virkeligheden indeholder en anden (alternativ) prøvelse.

Selv om det formentlig må antages, at De Agostini og Gourmet International skal ses som præciseringer af forholdet mellem Keck-doktrinen og Keck præmis 17, kan det ikke umiddelbart udelukkes, at de to afgørelser nærmere skal ses som opstilling af en selvstændig prøvelse uafhængig af Keck.

Det primære forhold, der peger i den retning, er terminologien. De afgørende passager i Gourmet International anvender ikke *direkte henvisninger* til Keck-praksis, men anvender begreber forskellige fra terminologien i Keck.

Det må nok sammenfattes, at en inkonsekvent sprogbrug ikke har tilstrækkelig vægt til at det kan slutes, at De Agostini og Gourmet International-praksis anvender en alternativ prøvelse i forhold til Keck.

4.3 Prøvelsesmæssige udfordringer

De Agostini og Gourmet International efterlader næsten flere spørgsmål end svar, og det kan ikke entydigt fastslås, hvad en fremtidig prøvelse af reklameregler vil indeholde. Det eneste, som med sikkerhed kan siges, er, at der er en række prøvelsesmæssige forhold, som kræver afklaring.

4.3.1 Hvornår foretages vurdering af muligheden for at få adgang til markedet

Hidtidig praksis efter Keck har vist, at Domstolen ikke foretager en prøvelse af, om en national foranstaltning rent faktisk hindrer markedsadgangen eller medfører større

¹⁰ Se således særligt dommens præmis 15-21.

¹¹ Se herom *Michael Steinicke*: Art. 28 – på vej mod de minimis?, EU-ret & Menneskeret, 2000, s. 201.

ulempe i denne henseende. Der foretages blot en prøvelse efter Keck-doktrinen, hvorefter der henvises til mantraet fra Keck-afgørelsens præmis 17. Ved vurderingen af, hvornår prøvelsen anvendes, kan der ikke opstilles nogen egentlige retningslinjer fra praksis. Det, der dog kan fastslås, er, at hvor der opstilles et tilnærmelsesvist totalt reklameforbud, og hvor der opstilles forbud mod at anvende et bestemt medie, som er det mest effektive til markedsføring rettet mod en bestemt gruppe, kan den »nye« prøvelse anvendes.

Anvendelsen af prøvelsen af effekten for markedsadgangen afhænger naturligvis dels af de anbringender, som parterne henviser til, men derudover vil iværksættelsen af en sådan prøvelse kun ske, hvor der er visse betingelser, der er opfyldt. Domstolen angiver ikke noget om, hvorfor prøvelsen af markedsadgangen foretages i den pågældende sag. Hvor der ikke findes andre holdepunkter, må det antages, at hvor Domstolen konkret vurderer, at markedsadgangen vanskeliggøres, vil Domstolen foretage en prøvelse heraf. En mere præcis hovedregel kan nok ikke opstilles på nuværende tidspunkt.

4.3.2 Indholdet af prøvelsen

Et andet spørgsmål er, hvad indholdet af prøvelsen vil være. Eller med andre ord: hvordan måles det, om markedsadgangen hindres, eller der opstilles større ulemper i forbindelse med markedsadgangen.

Hvis det afgørende var, om markedsadgangen var hindret ved den nationale regulering, så ville der udelukkende være tale om, at et omsætningsforbud eller en restriktion med samme virkning af et bestemt produkt kunne rammes af art. 28. Praksis viser, at dette ikke er tilfældet. Afgørelserne viser, at reklameregler ikke nødvendigvis skal medføre, at adgangen til markedet lukkes, men at adgangen besværliggøres i en eller anden grad. Med Keck-terminologi må markedsadgangen ikke give *større ulemper*. Afgørende er, hvornår markedsadgangen medfører større ulemper. Denne gradbøjning lægger op til anvendelse af en anden type prøvelse end de typologiske og diskriminationsbaserede prøvelser, som Keck-doktrinen kan anses at være baseret på.¹²

Prøvelsen kan anses som gående i retning af en effektbaseret prøvelse: det accepteres, at den nationale effekt har en vis effekt eller påvirkning på produkternes mulighed for at få adgang til markedet, men denne effekt må ikke give anledning til større ulemper. For det første er det forbundet med væsentlige afgrænsningsproblemer at fastslå, at hvornår der foreligger større i modsætning til mindre ulemper. Da der tillades en vis effekt, kan prøvelsen siges reelt at være en bagatelgrænse.¹³

¹² Om de forskellige prøvelsestyper som har været anvendt eller diskuteret i forbindelse med anvendelse af art. 28, se bl.a. *Miguel Maduro*: We, the Court, s. 35 ff. og *Michael Steinicke*: Afgrænsningen af varernes frie bevægelighed – metodevalg i komparativt og historisk perspektiv, i EU-ret & Menneskeret, 2001, s. 193.

¹³ Om dette spørgsmål, se *Michael Steinicke*, i EU-ret & Menneskeret, 2000, s. 201.

Udover de metodiske problemer med denne prøvelser, medfører dette forhold, at Domstolen i flere tilfælde har afvist en sådan prøvelse.¹⁴

Et andet problem med praktisk betydning er, at forbud mod en bestemt reklamemetode i et bestemt medie inden for en bestemt branche muligvis kan tænkes at medføre større ulemper i forbindelse med markedsadgangen, hvorimod samme reklamemetode i samme medie inden for en anden branche ikke har nogen nævneværdig effekt for muligheden for markedsadgang. Dette mindsker forudsigeligheden af bestemmelsen.

Der kan dog muligvis opstilles en antagelse om, at visse former for markedsføring altid vil have en væsentlig betydning for markedsføringen af de fleste produkter. Et eksempel herpå er TV-mediet. Det vil dog samtidig være at gå for langt at påstå, at alle forbud mod reklamer i TV kan siges at være i strid med art. 28.

4.4 Konklusion vedrørende art. 28

Det kan nok konkluderes, at der med Gourmet International-afgørelsen er etableret en prøvelse i forbindelse med anvendelsen af art. 28, som kan karakteriseres som Keck-prøvelsen med et supplement.

4.5 Perspektiver

4.5.1 Gourmet International i historisk perspektiv et skridt frem og to tilbage?

I de engelske lukkelovssager¹⁵ var det afgørende for spørgsmålet om overensstemmelse med art. 28, hvorvidt der var effekt på afsætningen af indenlandske varer. I Gourmet International var det afgørende om nationale regler i højere grad påvirkede afsætningen af importerede varer end afsætningen af indenlandske varer.

Med Gourmet International er man på vej tilbage til en lejlighedsvis mere ustruktureret prøvelse. Dette bliver formentlig resultatet, da man, som det er påpeget ovenfor i afsnittet om afgrænsningen af de områder, på hvilke den nye prøvelse finder anvendelse, ikke nemt kan foretage en afgrænsning af anvendelsesområdet for nationale reklameregler, der ikke er diskriminerende. Der er reelt tale om, at prøvelsen flyttes fra at være en typologisk prøvelse suppleret med en diskriminationsprøvelse (Keck-doktrinen 2. led) til en prøvelse, hvor det afgørende bliver hvilken effekt eller virkning, som de nationale regler har for udenlandske produkters adgang til markedet. Som det ligeledes er påpeget ovenfor, vil denne effektivvurdering formentlig blive vanskelig at foretage. Det kan anføres, at Domstolen igen er på vej ind i et gråzone-område, inden for hvilket det er vanskeligt for medlemsstaterne at vurdere, om de nationale reguleringer af reklameadfærd er i overensstemmelse med

¹⁴ Det kan anføres, at prøvelsen nødvendigvis bliver en bagatelprøvelse, til trods for, at Domstolen i flere sager har afvist at ville anvende en sådan. Se eksempelvis sag 1771-78, 82, *Van de Haar* og C-67/97, *Ditlev Bluhme*. I sidstnævnte foretog Domstolen ikke nogen udtrykkelig afvisning, men resultatet i sagen må ses som en afvisning.

¹⁵ Eksempelvis sag 145/88, *Torfaen* og C-169/91, *Stoke-on-Trent*. Sagerne omhandlede forskellige engelske regler om søndagslukket og blev afsagt inden Keck-sagen, som ændrede den retsstilling, som lukkelovssagerne medførte. Om disse sager, se bl.a. *Karsten Engsig Sørensen* og *Poul Runge Nielsen*: EU-retten 1, s. 224 ff.

medlemsstaternes forpligtelser efter traktaten. Afgørelsen af, i hvilket omfang denne nye prøvelse, som kan ses at være etableret med *Gourmet International* (og formentlig også *De Agostini*) får et vidtgående eller indskrænket anvendelsesområde vil afhænge af Domstolens afvejning af de modstående hensyn: på den ene side hensynet til, at alle hindringer for samhandlen fjernes og på den anden side hensynet til en forudsigelig retstilstand for retsanvenderne og for medlemsstaterne.

4.5.2 Perspektiver for den nuværende regulering

To forhold er interessante i denne sammenhæng. For det første er det uklart, hvilken konsekvens den nye praksis har for den danske markedsføringsregulering, og for det andet opstår der et interessant spørgsmål om overensstemmelsen med EU-retten for den nyligt vedtagne danske lov om forbud mod tobaksreklamer m.v.¹⁶

4.5.2.1 Generel betydning for nuværende regulering

Der er i dansk lovgivning og i andre medlemsstater en række bestemmelser, som forbyder reklame for bestemte produkter i bestemte medier eller i bestemte sammenhænge. Med *Gourmet International* og særligt med *De Agostini* kan der potentielt være en række af disse bestemmelser, som kan opfattes som traktatstridige. På baggrund af afgrænsningsproblematikken ovenfor, kan der være vanskeligheder forbundet med at fastslå præcist, hvilke nationale bestemmelser som falder inden for traktatens art. 28.

Uanset udfaldet af en art. 28-vurdering, vil reklamer oftest være omfattet af art. 49 (tjenesteydernes frie bevægelighed), da reklamer jo trods alt er en tjenesteydelse. Det falder uden for denne artikel at foretage en omfattende redegørelse om anvendelsen af art. 49 på reklamer. I stedet henvises til de generelle fremstillinger om de frie bevægeligheder, herunder Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen: EU-retten 1, s. 461, Ruth Nielsen: EU-ret, s. 301, Hjalte Rasmussen: EU-ret i kontekst, s. 215 samt Karsten Hagel-Sørensen og Claus Gulmann: EU-ret, s. 392.

4.5.2.2 Lov om forbud mod tobaksreklamer mv.

I den danske lov om forbud mod tobaksreklamer findes en række tilsvarende reklameforbud, som dem der blev fundet traktatstridige i *Gourmet International*. Eksempelvis bestemmes det i § 3 i loven, at alle former for reklamering for tobaksvarer er forbudt. Dog undtages der for forbudet i § 3, stk. 2, hvor bl.a. meddelelser, der udelukkende henvender sig til fagfolk inden for branchen og salg fremstød der finder sted på salgsstederne, er undtaget. Disse forhold er i overensstemmelse med det svenske forbud mod alkoholreklamer.

Historien bag den danske lov gør *Gourmet International* særligt interessant i denne sammenhæng. Loven er baseret på et EU-direktiv 98/43/EF om reklamer for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse. Direktivet blev vedtaget af Rådet i 1998, men blev fra start kritiseret i både litteraturen og af medlemsstaterne. Medlemsstaternes kritik førte til anlæggelsen af et annullationssøgsmål mod Europa-Parlamentet og Rådet med påstand om annullation af direktivet. Tyskland anlagde

¹⁶ Lov nr. 492 af 7. juni 2001.

sagen (og blev støttet af Frankrig, Finland, Storbritannien og Kommissionen) med henvisning til, at der i art. 100A (nu: art. 95) ikke var kompetence til at indføre et direktiv som det pågældende.¹⁷ Baggrunden var, at direktiver vedtaget efter hjemmelsbestemmelserne tilknyttet det indre marked skal have til formål og virkning, at optimere virkningen af det indre marked og fremme samhandlen mellem medlemsstaterne. Dette var imidlertid ikke tilfældet for direktivet.

Domstolens konklusion var, at der var visse elementer i direktivet, som var i overensstemmelse med kompetencereglen, men at Domstolen ikke havde mulighed for at foretage en delvis annullation af direktivet, da dette ville være at sidestille med lovgivningsarbejde (jf. præmis 117), hvilket ligger uden for Domstolens kompetence. Konsekvensen er derfor en fuldstændig annullation af direktivet.

Efter annullationen står de medlemsstater, som har gennemført lovgivningen i en situation, hvor det fællesskabsretlige grundlag for den nationale regulering er faldet bort, og hvor man tværtimod kan være i strid med fællesskabsretten på baggrund af Gourmet International-afgørelsen.

At det ved dom er fastslået, at de lovgivende institutioner ikke har haft hjemmel i den pågældende situation bør ikke i sig selv have nogen betydning for vurderingen af, om en lovgivning som den danske er legitim. Det kan dog fastslås, at hensynet bag den danske regulering er i nogen grad i overensstemmelse med grundlæggende EU-retlige hensyn. Dette kan muligvis have betydning i forbindelse med en retssag.

Domstolen påpeger i sagen, at visse reklameforbud er i overensstemmelse med hjemmelsbestemmelserne, da de er egnede til at fremme den frie bevægelighed for varer. En række andre forbud i direktivet (forbud mod reklame på plakater, parasoller, askebægre og andre genstande, der anvendes på restauranter mv., og forbud mod reklamespots i biografier)¹⁸ fremmer ikke den frie bevægelighed. Det siges dog heller ikke udtrykkeligt, om disse reklameforbud menes at hindre den frie bevægelighed.

5. Tjenesteydelsernes frie bevægelighed

I sagen blev der udover varenes frie bevægelighed taget stilling til, om de svenske reklameregler var i strid med tjenesteydelsernes frie bevægelighed. I sagen henvistes der til tidligere sager som C-384/93, Alpine Investments,¹⁹ og Domstolen kom frem til, at reglerne var i strid med art. 49 i traktaten, men at reglerne kunne undtages i henhold til art. 46, jf. art. 55. Selve anvendelsen af art. 49 gav tilsyneladende ikke anledning til egentlige problemer. Derimod blev spørgsmålet om *convergence* endnu engang flygtigt berørt. Convergence betyder, at der er overensstemmelse mellem prøvelserne af de forskellige frie bevægeligheder. Debatten omkring convergence har primært været ført om art. 28 og 49, da genstanden for disse bestemmelser (henholdsvis varer og tjenesteydelser) har en lang række lighedstegn. Convergence

¹⁷ C-376/98, Tyskland mod Europa-Parlamentet og Rådet.

¹⁸ Præmis 99.

¹⁹ Sagen omhandlede et forbud mod at foretage uopfordrede henvendelser til folk med henblik på at sælge dem finansielle tjenesteydelser.

har tidligere været overvejet i forbindelse med sagerne Alpine Investment og De Agostini, uden at overvejelserne dog har resulteret i en sidestilling af prøvelsen af bestemmelserne. Som det var tilfældet i de to sager, var der igen i Gourmet International basis for at overveje, om der skulle foretages en udvidelse af art. 28 til også at omfatte tjenesteydelser.

Gourmet International giver ikke grundlag for at antage, at Domstolen er kommet tættere på at ensrette prøvelsen af varenes og tjenesteydelseernes frie bevægelighed. Modsat må det efterhånden kunne fastslås, at Domstolen ikke ønsker en ensretning af prøvelsen af art. 28 og art. 49. Domstolen har haft mulighederne for at foretage ensretning i flere tilfælde, og årsagen til den manglende harmonisering kan nok ikke tilskrives manglen på muligheder.

Overvejelserne om convergence har i overvejende grad vedrørt spørgsmålet om, hvorvidt Keck-praksis skulle udvides til art. 49. Hvis der i De Agostini og Gourmet International skal findes tegn på tilnærmelse mellem art. 28 og art. 49, så må tendensen ses at gå den modsatte vej af, hvad der tidligere har været overvejet: udvidelsen af art. 28 bringer denne tættere på art. 49, end det var tilfældet tidligere. Art. 28's tilnærmelse til art. 49 er dog af så begrænset karakter, at der ikke er tale om nogen egentlig ensretning, da prøvelserne stadig er meget forskellige.

Grænser for EU-staters skatteretlige anti-udnyttelsesregler

af

Jeppe Rune Stokholm

1. Indledning

Målet med denne artikel er at give en kort præsentation af de EU-retlige problemstillinger, der opstår, når nationalstater udformer og anvender skatteretlige anti-udnyttelsesregler herunder regler om »CFC-beskatning«, »Transfer Pricing«, »Tynd Kapitalisering« samt »afståelsesbeskatning ved flytning af ledelsens sæde« fra en medlemsstat til en anden medlemsstat. Det vil ikke blive analyseret, hvilken artikel i EF-Traktaten (TEF) der i de enkelte tilfælde vil være relevant at påberåbe sig. Dog lægges det til grund, at samspillet¹ mellem artikel 12 (det generelle forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet), artikel 28 (varenes fri bevægelighed), artikel 39 (arbejdskraftens fri bevægelighed), artikel 43 (etableringsretten), artikel 49 (fri udveksling af tjenesteydelser) samt artikel 56 (kapitalens fri bevægelighed) giver rettigheder på skatteområdet, som fysiske personer samt selskaber kan påberåbe direkte for nationale domstole.

Endvidere vil der ikke blive sondret mellem, hvorvidt den enkelte skatteregel medfører en diskrimination² eller en restriktion³, dvs. hvorvidt der er tale om en *hindring* for den fri bevægelighed (restriktionsprøvelsen) eller en *forskelsbehandling* af sammenlignelige situationer (diskriminationsprøvelsen). I stedet vil fællesbetegnelsen »indskrænkning« blive anvendt, hvor der må formodes at være tale om en EU-retlig diskrimination og/eller restriktion.

Endelig vil der ikke blive sondret mellem forskellen på diskriminations- og restriktionsprøvelsen, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt et hensyn, der kan begrunde en indskrænkning i den fri bevægelighed, skal være *alment begrundet* (restriktionsprøvelsen) eller *sagligt begrundet* (diskriminationsprøvelsen). Det skal hertil bemærkes,

¹ Jf. »The Hubbard Rule«: C-20/92, »Hubbard«, Saml. 1993 I, s. 3795, præmis 19.

² Om diskriminationsforbudet: Se bl.a. *Niels Winther-Sørensen*, Skatteretten 3, s. 431; *Servaas van Thiel*, EU Case Law on Income Tax I, s. 450; *Servaas van Thiel*, Free movement of Persons and Income Tax Law, s. 319 ff.

³ Om restriktionsforbudet: Se bl.a. *Niels Winther-Sørensen*, Skatteretten 3, s. 453 ff.; *Servaas van Thiel*, EU Case Law on Income Tax I, s. 425; *Servaas van Thiel*, Free movement of Persons and Income Tax Law, s. 225 ff.

at det formentlig⁴ må antages, at det er lettere for skattemyndighederne at retfærdiggøre en hindring for den frie bevægelighed ud fra *almene hensyn* (restriktionsprøvelsen) frem for en argumentation baseret på, at *saglige hensyn* (diskriminationsprøvelsen) kan begrunde en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer.

2. Samspillet mellem EU-retten & skatteretten

I intern dansk skatteret samt i de øvrige EU-medlemsstater har EU-traktatens forbud mod restriktioner i den fri bevægelighed samt forbud mod national diskrimination fået en stadigt stigende betydning for den direkte beskatning af selskaber og personer. Ganske rammende har professor Frans Vanistendael⁵ i *European Taxation*⁶ beskrevet samspillet mellem frihedsrettighederne, EF-domstolen og nationalstaternes skattelovgivning således:

»The basic problem is that in setting up their national tax systems, all Member States have paid lip service to the non-discrimination principle, but in practise the starting point for any income tax rule on non-residents has been that whenever it would be expedient a non resident could be taxed differently (e.g. more heavily) than a resident tax payer. Non-discrimination may have been the theory, but different treatment, if not outright discrimination, has been the practice«

EU-rettens princip om fri bevægelighed modificeres af en vis adgang for nationalstaterne til national selvbestemmelse på skatteområdet, idet skattelovgivningen som udgangspunkt fortsat antages at hidrøre under nationalstaterne. Selv om bestemmelserne om direkte beskatning således principielt henhører under medlemsstaternes kompetence, skal de under udøvelsen af deres kompetence overholde fællesskabsretten (jf. *Schumacker-sagen*⁷, *Wielockx-sagen*⁸, *Asscher-sagen*⁹ samt *Futura/Singer-sagen*¹⁰). Det er således nødvendigt at teste, hvorvidt nationale skatteregler, der kan siges at være i uoverensstemmelse med Fællesskabsretten, tjener et legitimt formål, som fællesskabet kan blåstemple.

⁴ Om sondringen mellem diskriminations- og restriktionsprøvelsen: Se bl.a. *Niels Winther-Sørensen*, *Skatteretten* 3, s. 422 ff. *Servaas van Thiel*, *EU Case Law on Income Tax I*, s. 487 ff.; *Servaas van Thiel*, *Free movement of Persons and Income Tax Law*, s. 531 ff.

⁵ Professor Frans Vanistendael, K.U. Leuven, Belgium.

⁶ *European Taxation* Vol. 40, No. 1/2, 2000, Fundamental freedoms of Citizens, Fundamental restriction on National Tax Law, s. 4.

⁷ Sag C-279/93, »Schumacker«, Saml. 1995 I, s. 225, præmis 21.

⁸ Sag C-80/84, »Wielockx«, Saml. 1995 I, s. 2493, præmis 16.

⁹ Sag C-107/94, »Asscher«, Saml. 1996 I, s. 3089, præmis 36.

¹⁰ Sag C-250/95, »Futura Participations SA / Singer«, Saml. 1997 I, s. 2471, præmis 19.

Denne test, der i princippet er en undtagelse til frihedsrettighederne, kaldes »the rule of reason«, og blev udledt af EF-domstolen i *Cassis de Dijon-sagen*¹¹, der vedrørte art. 30 (nuværende art. 28) omhandlende varernes fri bevægelighed. Cassis-tankesættet kerne er, at en national regels EU-retlige »gyldighed« eller »ugyldighed« er betinget af, at den regeludstedende medlemsstat kan bevise, at den omstridte regel/praksis er udstedt/indført for at tilgodese samfundshensyn, der er legitime, og som Fællesskabet kan godkende.

Afgørende for Domstolens accept er, at et påberåbt hensyn også reelt er det, foranstaltningen tilsigter at realisere, samt at proportionalitetsbetingelsen er opfyldt, dvs. hvorvidt det pågældende hensyn kan opnås ved andre og mindre indskrænkende midler. Således konkluderede Domstolen i den danske *Vestergaard-sag*¹² (omhandlende skattemyndighedernes nægtelse af skattefradrag for udgifter afholdt i udlandet), at »en sådan forskellig behandling er hverken retfærdiggjort i det hensyn til at opretholde sammenhængen i en beskatningsordning eller til skattekontrollens effektivitet...«. Hensynet til sammenhængen i en beskatningsordning samt dette hensyns udstrækning er tidligere blevet udledt af Domstolen i bl.a. *Bachmann-sagen*¹³, *Wielockx-sagen*¹⁴ samt *Danner-sagen*¹⁵. Hensynet til skattekontrollens effektivitet er (udover i Bachmann- og Dannersagen) også blevet udledt i bl.a. *Schumacker-sagen*¹⁶.

Fælles for afgørelserne er, at Domstolen kategorisk har afvist, at kontrolhensyn *i sig selv* kan begrunde en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer. Ligeledes står det klart, at selvom et flertal af de europæiske medlemsstater har indført forskellige former for antiudnyttelsesregler, er dette ikke et hensyn eller en formildende omstændighed, der i sig selv kan begrunde eventuelle indskrænkninger i etableringsretten og/eller kapitalens fri bevægelighed.¹⁷ Domstolen har således i flere sager tilkendegivet, at et skatteretligt regelsæt var uforeneligt med EU-retten, selvom adskillige lande i forbindelse med sagerne gav deres fulde støtte til de indførte regelsæt.

3. EU-retten & CFC-beskatning

CFC-regler har traditionelt taget deres udspring i de angelsaksiske lande, hvorfra forkortelsen CFC (Controlled Foreign Corporation) da også stammer. Pt. har 9

¹¹ Case C-120/79, »Cassis de Dijon«, (1979) ECR 649.

¹² Sag C-55/98, »Bent Vestergaard«, Saml. 1999 I, s. 2651, præmis 23.

¹³ Sag 204/90, »Bachmann«, Saml. 1992 I, s. 249.

¹⁴ Sag 80/94, »Wielockx«, Saml. 1995 I, s. 2493.

¹⁵ Sag C-136/00, »Danner«.

¹⁶ Sag 179/93, »Schumacker«, Saml. 1995 I, s. 225.

¹⁷ Se eksempelvis C-270/83, »Avoir Fiscal«, Saml. 1986, s. 273 samt C-297/93, »Schumacker«, Saml. 1995 I s. 225.

europæiske medlemsstater indført CFC-lovgivning. Det drejer sig om Danmark, Finland, Frankrig, Tyskland, Italien, Portugal, Spanien, Sverige samt Storbritannien. Herudover har Østrig, Grækenland, Luxembourg, Irland samt Holland indført regler, der i deres struktur minder om de regler, der kendetegner CFC-beskatningen.¹⁸

CFC-beskatningen kommer i Danmark til udtryk gennem selskabsskattelovens § 32, hvorefter der sikres en løbende beskatning på dansk niveau af renter og anden finansiel indkomst, som optjenes i udenlandske datterselskaber under mere gunstig beskatning end i Danmark. Endvidere gælder, at de danske CFC-reglerne i et vist omfang virker sammen med de særlige regler for beskatning ved afståelse af aktier, der findes i aktieavancebeskatningslovens § 2a. Denne bestemmelse sigter mod at beskutte fortjeneste på aktier i finansielle selskaber hårdere end fortjeneste på andre aktier.

Selv om lov nr. 313 af 21/5-2002¹⁹ indfører mere objektive betingelser for CFC-beskatningen, ændrer dette ikke på, at loven på mange områder gør CFC-reglerne mere komplicerede end efter gældende ret. Med reglernes kompleksitet øges risikoen for, at reglerne får en restriktiv virkning på danske selskabers finansielle aktiviteter i udlandet. Endvidere vil reglernes skarpe sondring mellem indenlandsk og udenlandsk finansiel virksomhed samt sondringen mellem dansk og udenlandsk beskatningsniveau kunne virke diskriminerende, idet sammenlignelige situationer vil kunne blive behandlet forskelligt.

Der foreligger ikke på nuværende tidspunkt offentliggjort praksis om CFC-beskatningens forenelighed med EU-retten. Dog har foreneligheden været til debat²⁰, siden EF-domstolen den 16. juli 1998 afsagde dom i den såkaldte ICI-sag, selvom sagens genstand var en anden.

ICI-dommen vedrørte beskyttelsen i oprindelsesstaten til sekundært at etablere sig med datterselskaber i andre medlemsstater, jf. TEF art. 52, jf. art. 58 (nu art. 43, jf. art. 48²¹). Diskussionens genstand var, hvorvidt et engelsk moderselskab kunne få fradrag for et underskud, som var oppebåret fra et engelsk datter-datter-selskab. Det

¹⁸ Jf. *Sarah Kirkel*, EU Commission Urged to Remove CFC Barriers Between Member States, *Tax Notes International*, 17. juni 2002, s. 1256.

¹⁹ I daglig tale kaldet »L 99«.

²⁰ Litteraturen vedrørende diskrimination og CFC-regler er righoldig. Se for generelt dansk bidrag *Anja Svendgaard*, *Frivillig og tvungen sambeskatning af selskaber*, s. 203 ff; *Niels Winther-Sørensen*, *Skatteretten* 3, s. 426; *Søren Steenholdt* i *SU* 1995.147; *Aage Michelsen* i *NTS* 1999.91. I international kontekst kan bl.a. henvises til *Michael Lang*, *CFC Legislation and Community Law*, *European Taxation* 2002.374; *Klaus Vogel*, *Frances Conseil D'Etat: Tax Treaties Prevail Over CFC Rules*, *Bulletin* 2002.498; *Eric Bérengier*, *French Administrative Supreme Court Holds that Tax Treaties Override French CFC Rules*, *Tax Planning International Review*, August 2002; *Klaus Vogel*, *Tax Treaties Versus CFC Rules in France*, *Bulletin* 2002.286; *Daniel Sandler*, *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*, s. 169 ff. samt *Lars-Erik Wenehed*, *CFC-Lagstiftning*, s. 110 ff.

²¹ Se generelt om kapitalens fri bevægelighed i EU og skatteretlige hindringer herfor: *Karsten Engsig Sørensen* i *R&R* 1996/7, s. 25 ff.

engelske moderselskab ejede 49 pct. af et engelsk holdingselskab, som ejede det pågældende datter-datter-selskab 100 pct. De engelske skattemyndigheder nægtede imidlertid moderselskabet fradrag for underskuddet med den begrundelse, at et flertal af holdingselskabets selskaber (19 ud af 23) var hjemmehørende uden for England. Af de 19 udenlandske selskaber, var de 6 hjemmehørende i andre EU-stater. EF-domstolen konkluderede i præmis 21, at

»...selv om bestemmelserne om etableringsfriheden ifølge deres ordlyd skal sikre national behandling i modtagelsesmedlemsstaten, indebærer de samtidig et forbud mod, at oprindelsesstaten forhindrer, at en af dens statsborgere etablerer sig i en anden medlemsstat, eller at et selskab, som er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning...gør det...«.

I et særnummer af *European Taxation* (Vol. 40, No. 1/2, 2000) giver en række teoretikere en EU-retlig vurdering af de enkelte medlemslandes skatteregler. Flere giver udtryk for, at landenes CFC-regler på baggrund af ICI-sagen kan være stridende med EU-retten.

Således anfører Bruno Gouthiere²² om de franske CFC-regler, at »in the light of the ICI case, it is likely that Article 52 EC Treaty could also be applicable where a French taxpayer, whether company or individual, is deterred from creating a PE or a subsidiary in another EU country«. Herefter konkluderes, at »with reference to the ICI case, the author would conversely believe that Article 209 B should be seen as being in conflict with the EC Treaty, as being incompatible with the freedom of establishment (there is not yet any court decision on this issue)«.

Om de britiske CFC-regler konkluderer Aparna Nathan,²³ at »it is arguable, that the very existence of the CFC rules in their current form contravenes the EC non-discrimination principles. The rules, in effect, seek to deter persons in the United Kingdom from establishing subsidiaries in other EU Member States.«

Tyske Ekkehart Reimer²⁴ er derimod mere direkte: »According to the ICI decision, the substantive scope of the freedom of establishment also covers companies which, like holding companies, derive but passive income and simply serve asset management purposes«.

3.1 Særligt om hensyn, der kan begrunde CFC-regler

Såfremt det måtte konkluderes, at en EU-stats CFC-regler strider med enten etableringsretten og/eller kapitalens fri bevægelighed, er spørgsmålet, om den indskrænkning, som reglerne medfører, er i overensstemmelse med de rettigheder, der følger af EU-retten.

Det kan diskuteres, hvorvidt *et ønske om at modvirke skatteomgåelse* er et hensyn, der kan begrunde en indskrænkning i eksempelvis etableringsretten. Årsagen er, at i den EU-retlige litteratur antages skatteomgåelse at falde ind under en undtagelses-

²² Bruno Gouthiere, Bureau Francis Lefebvre, Paris, s. 44 ff.

²³ Aparna Nathan, Gray's Inn Tax Chambers, s. 82

²⁴ Ekkehart Reimer, University of Munich, s. 48 ff.

bestemmelse vedrørende hensynet til den offentlige orden²⁵. Den ovenfor nævnte ICI-sag er dog et eksempel på, at Domstolen traditionelt anlægger en meget restriktiv fortolkning med hensyn til, hvornår der foreligger en mulighed for skatteomgåelse, der kan begrunde en indskrænkning. Der skal være tale om en reel skatteomgåelse, dvs. en hypotetisk risiko er ikke nok.

Endvidere kan det diskuteres, hvorvidt *tab af skatteprovenu* er et hensyn, der kan begrunde en indskrænkning i enten etableringsretten og/eller kapitalens fri bevægelighed. Igen er ICI-sagen interessant, idet Domstolen i præmis 28 statuerer følgende:

»Det bemærkes vedrørende argumentationen om, at det ikke er muligt at udligne det tab af skatteindtægter, som retten til at fradrage indenlandsk etablerede datterselskabers tab giver anledning til, gennem beskattning af overskuddet i datterselskaber med hjemsted uden for Det Forenede Kongerige, at det tab af skatteindtægter, der bliver tale om, ikke er af de hensyn, der er anført i traktatens artikel 56, og ikke kan anses for et tvingende hensyn af almen interesse, der kan påberåbes som begrundelse for en forskelsbehandling, der principielt strider mod artikel 54«.

ICI-sagen er i litteraturen blevet fremhævet som et eksempel på, at medlemsstaterne må indrette deres værnsregler således, at de kun omfatter arrangementer, hvis mål er skatteomgåelse – proportionalitetsprincippet var i den konkrete sag ikke opfyldt, idet reglerne tog sigte »på enhver situation«.²⁶

Sammenholdt med det faktum, at en potentiel mulighed for tab af skatteprovenu med ICI-sagen samt *Avoir Fiscal-sagen*²⁷ afvises som et hensyn af almen interesse, der kan påberåbes som begrundelse for en forskelsbehandling, må det anses som værende tvivlsomt, at en argumentation baseret på etableringslandets lave skattetryk vil nå til et andet resultat.

Problemstillingen eksemplificeres yderligere af, at EU-kommissionen i medfør af artikel 87 har godkendt visse »skatteoaser«, herunder de Kanariske øer, Madeira, Trieste, Gibraltar samt Dublin Docks. Det kan således anføres, at såfremt CFC-reglerne ikke er i strid med reglerne om den frie bevægelighed, kan de muligvis konkret vise sig at være i strid med de af EU-Kommissionen godkendte statsstøtteordninger.

²⁵ Om TEF artikel 46: Se *Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen*, EU-retten 1, s. 95 ff. samt »EU-retten 2, s. 230.

²⁶ Jf. *Anja Svendgaard*, Frivillig og tvungen sambeskatning af selskaber, s. 208. Herudover kan henvises til *Karsten Engsig Sørensen* i SU 1998.230, *Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen*, EU retten 1, s. 95 ff., EU retten 2, s. 231, samt *Niels Winther Sørensen* i SR-Skat 2001.114.

²⁷ 270/83, »Avoir Fiscal«, saml. 1986 s. 273, præmis 25.

4. EU-retten & transfer pricing

I takt med udviklingen af EU's indre marked og de fysiske grænsers forsvinden, øges betydningen af den enkelte nationalstats TP-lovgivning²⁸ ved grænseoverskridende transaktioner. Ved TP-lovgivningens indførsel i Danmark blev samspillet mellem SKL § 3B og LL § 2 skarpt kritiseret af Erik Werlauff²⁹, der anførte, at følgende forhold kunne være i strid med EU-retten:

- Der gælder en udvidet selvangivelsespligt ved transaktioner med udenlandske selskaber, men ikke ved transaktioner med indenlandske.
- Der er udvidet dokumentations- og opbevaringspligt ved transaktioner med udenlandske selskaber, men ikke med indenlandske.
- Reglerne kan medføre et betydeligt arbejde med dokumentation af prisfastsættelsen ved handel med udenlandske, men ikke med indenlandske selskaber.
- Der er udvidede muligheder for skønsmæssig korrektion mv. ved handel med udenlandske, men ikke med indenlandske selskaber.
- Der gælder udvidede fristregler (2 år ekstra) for korrektion ved transaktioner med udenlandske selskaber i forhold til fristen ved handel med indenlandske selskaber.

4.1. Særligt om hensyn, der kan begrunde TP-regler

Skatteministeren³⁰ besvarede kritikken med, at formålet med de danske TP-regler – med henvisning til armslængdeprincippet – er at forhindre, at der ved handel mellem koncernselskaber fastsættes pris- og aftalevilkår, der ikke ville forekomme mellem uafhængige virksomheder. Uden de danske TP-regler ville koncernen kunne flytte fortjeneste fra et land til et andet, således at det samlede skattetilsvær påvirkes.

Herefter anførte Skatteministeren, at kravet om samhandel til markedspriser mellem interesseforbundne parter også gælder for rent interne transaktioner. I langt de fleste tilfælde vil der – i modsætning til grænseoverskridende forhold – ikke være noget incitament til forvridning af priser og vilkår, idet den mindre skat i et selskab som følge af forvredne priser og vilkår vil blive modsvaret af en merskat i det andet selskab af nøjagtig samme størrelse.

²⁸ Om Transfer Pricing: Se for generelt dansk bidrag *Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff*, Armslængdeprincippet og Transfer Pricing; *Jan Pedersen*, Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning; *Jan Pedersen m.fl.*, Skatteretten 3, s. 328 ff. Endvidere kan henvises til følgende tidsskrifter, der generelt vedrører Transfer Pricing: *Tax Management Transfer Pricing Report*; *International Transfer Pricing Journal*; *Tax Planning International Transfer Pricing*. Endelig kan henvises til følgende tidsskrifter, hvor der jævnligt bringes artikler om armslængdeprincippet og Transfer Pricing: *Tax Planning International*; *European Taxation*; *Bulletin for International Fiscal Documentation*; *Intertax*; *Tax Notes International*.

²⁹ SU 1997, 330.

³⁰ Se SU 1998, 44.

Afslutningsvis anførte Skatteministeren, at EF-Domstolen flere gange har udtalt, at hensynet til en effektiv skattekontrol er et tvingende alment hensyn, der kan berettigede hindringer i de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten.³¹

Til Skatteministerens første argument kan anføres, at dokumentationsforpligtelsen alene er af formel karakter, hvis formål er at sandsynliggøre en korrekt anvendelse af armslængdeprincippet materielle indhold. Skatteministeriets henvisning til armslængdeprincippet synes derfor ikke selvstændigt at tilbagevise Werlauffs kritik af, at det kan være en krænkelse af etableringsretten, at dokumentationsforpligtelsen kun gælder ved grænseoverskridende transaktioner.

Til Skatteministerens andet argument kan anføres, at selskaber i f.eks. Tyskland, Italien og Holland beskattes med en højere skatteprocent end den danske. I sådanne tilfælde synes der ikke at være nogen begrundelse for, at der skal gælde en særlig dokumentationsforpligtelse for de grænseoverskridende transaktioner, idet moderselskabet næppe vil søge at flytte indtægter til højere beskatning i disse lande. Såfremt et interesseforbundet selskab placeret i et sådant højskattelands skulle have fremførbare underskud, kan det dog diskuteres, hvorvidt et dansk moderselskab i sådanne tilfælde vil være interesseret i at flytte overskud til beskatning dér. Henset til Skatteministerens argumentation er spørgsmålet imidlertid, hvorledes (og i hvilket omfang) situationen adskiller sig fra forhold, hvor et dansk selskab har skattemæssige underskud til fremførsel.

Årsagen er, at Skatteministeren anfører, at »der kan forekomme situationer, hvor der kan opnås en fordel ved skævvridning i rent nationale forhold, f.eks. hvis et af selskaberne har skattemæssigt underskud. I så fald vil der normalt alene være tale om skatteudskydelse i modsætning til en endelig skattebesparelse«. Henset til den på daværende tidspunkt gældende 5-års frist for fremførsel af underskud i LL § 15, kunne argumentationens rigtighed diskuteres (5-års fristen for fremførsel af underskud er med lov nr. 313 af 21/5-2002 blevet ophævet). I situationer, hvor fremførslen af et underskud ville falde for tidsfristen, kunne selskaber have en interesse i at flytte overskud fra et selskab til andet, for derved at få en skattebesparelse svarende til den til enhver tid gældende selskabsskatteprocent. I sådanne tilfælde, ville en undtagelse fra dokumentationspligten for danske selskaber kunne have en diskriminerende virkning i forhold til dokumentationsforpligtelsen for udenlandske selskaber.

For så vidt angår SEL § 31, kan danske moderselskaber vælge at lade sine 100 % ejede datterselskaber sambeskatte. Ved anvendelse af sambeskatningsreglerne vil koncernen blive beskattet som en samlet enhed, hvilket yderligere eksemplificerer, at moderselskaber ikke altid pr. definition kun har et »incitament til forvridning af priser og vilkår«, når transaktionerne sker på tværs af grænserne. Endvidere vil sambeskatningsreglerne kunne medføre, at kun dele af koncernen er sambeskattet, hvorimod resten er holdt udenfor. Dermed kan interne overførsler, der ikke er dokumentationspligtige, påvirke det samlede koncernregnskab.

³¹ Se f.eks. C-250/95, »Futura Participations SA / Singer«, Saml. 1997 I, s. 2471.

Kun Skatteministerens tredje argument vedrørende hensynet til en effektiv skattekontrol synes at have et indhold, der kan berettige til det differentierede dokumentationsforpligtigelsesbegreb. Spørgsmålet er imidlertid, hvad der helt præcist kan udledes af EF-Domstolens formulering »med klarhed og præcision at kunne kontrollere« i *Futura Participation/Singer-sagen*.

Sagen omhandlede et fransk selskab (*Futura Participation*), der havde en filial (*Singer*) i Luxembourg og som ønskede at fremføre et underskud i denne stat fra tidligere regnskabsår. De luxembourgske myndigheder afviste anmodningen med den begrundelse, at underskud kun kunne fremføres på betingelse af, at den skattepligtige førte et regnskab for den udøvede virksomhed, der var i overensstemmelse med lokale regler og opbevarede regnskabet lokalt. EF-Domstolen slog fast, at en sådan betingelse kunne udgøre en hindring for etableringsfriheden for selskaber, som ønsker at oprette en filial i en anden medlemsstat end den, hvor selskabet har hjemsted³²:

»Det eneste, de luxembourgske myndigheder har behov for, når denne anmodning indgives, er imidlertid med klarhed og præcision at kunne kontrollere, at det underskud, der ønskes fremført, efter de Luxembourgiske regler om opgørelse af indkomst og underskud, der var gældende i det regnskabsår, hvor underskuddet er opstået, svarer til det underskud, den skattepligtige faktisk har haft i Luxembourg«.

4.2. Status på Domstolens arbejde med TP-lovgivningen

EF-Domstolen har endnu ikke taget stilling til TP-lovgivnings forenelighed med EU-retten. Dog ventes en afgørelse³³ fra Tyskland at medføre en præjudiciel forelæggelse for EF-Domstolen.

Sagen omhandler en fransk koncern med distributionsaktiviteter i Tyskland. Fra et tysk koncernselskab blev der i en årrække solgt varer til koncernselskaber i Frankrig samt Martinique til en pris, der lå under almindelig markedspris. Efter en skatterevision i det tyske selskab konstaterede de tyske skattemyndigheder, at varerne var solgt videre til en pris, der ikke – som påkrævet af § 1, stk. 1 i den tyske *Aussensteuergesetz* (AStG) – var på armslængdevilkår. Skattemyndighederne lavede derfor en korrektion af selskabets resultat før skat, der herefter blev forhøjet til det niveau, som resultatet ville have været, hvis varerne var blevet solgt til markedspris.

Imidlertid medfører de tyske TP-regler, at såfremt den franske koncern havde samlet alle sine aktiviteter inden for Tysklands grænser og havde undladt at handle med koncernselskaber uden for Tyskland, ville reglerne ikke finde anvendelse. Den franske koncern påklagede herefter skattemyndighedernes korrektion.

Bundesfinanzhof slog fast, at den skattemæssige forskelsbehandling af samhandlen mellem indenlandske og udenlandske selskaber var diskriminerende iht. etableringsretten samt kapitalens fri bevægelighed. Da Bundesfinanzhof ikke havde

³² Sag 250/95, »*Futura Participations SA / Singer*«, Saml. 1997 I, s. 2471, præmis 39.

³³ Se I B 141/00, *Deutsches Steuerrecht* 2001, s. 1290.

kompetence til at forelægge sagen præjudicielt for EF-Domstolen, blev sagen henvist til Finanzgericht Münster.³⁴

På baggrund af sagen konkluderer Petra Eckl i *European Taxation* 2002.352 følgende:

»It is now strongly believed that the case will be brought before the ECJ in respect of the main proceedings either by the Tax Court of Münster or by the Federal Tax Court itself in the course of a possible appeal. In view of the latest developments in case law, unfavourable tax assessments based on Sec. 1, para. 1 of the FTA (AStG) should be appealed and then held in abeyance until the ECJ clarifies the situation«.

4.3. Status på Kommissionens arbejde med TP-lovgivningen

I erkendelse af, at kravet om armslængdepriser og TP-dokumentation i forbindelse med grænseoverskridende handler er stadigt stigende blandt medlemsstaterne i EU, har Kommissionen netop nedsat et fælles EU-forum,³⁵ der skal belyse området.

Årsagen er bl.a., at selvom alle medlemsstater følger OECD's »Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations«, så tolkes og anvendes guidelinen i praksis forskelligt. Dette medfører øgede omkostninger for både virksomheder og skattemyndigheder. Målet for det fælles TP-forums arbejde er derfor at identificere og give løsningsforslag til de problemstillinger, der følger af divergerende TP-lovgivning i det indre marked.

5. EU-retten & tynd kapitalisering

Den skatteretlige behandling af problemstillinger vedrørende Tynd Kapitalisering (TC: *Thin Capitalization*) adskiller sig begrebsmæssigt ikke fra Transfer Pricing-problematikken.

I dansk ret³⁶ er et selskab tyndt kapitaliseret, såfremt selskabets kapitalbehov finansieres ved en i forhold til egenkapitalen uforholdsmæssig stor fremmedkapital, der stilles til rådighed af et selskab mv. eller af en fysisk person med kontrollerende indflydelse. En tynd kapitalisering med stor gæld og lille egenkapital i forhold til en stor egenkapital og lille gæld medfører, at renterne på gælden til moderselskabet i modsætning til udbyttet kan fratrækkes ved opgørelse af selskabets skattepligtige indkomst.

Da TC-regler vedrører et moderselskabs måde at kapitalisere et datterselskab på, kan det diskuteres³⁷, hvorvidt reglerne strider med eksempelvis hensynet til

³⁴ Ref. No. 8 V 4639/00, *Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG)*, 2000, s. 1389.

³⁵ KOM (2001) 582, s. 22.

³⁶ Jf. bemærkningerne til L 101 (lov nr. 432 af 28/6 1998).

³⁷ Litteratur vedrørende diskriminering og tynd kapitalisering: For dansk gennemgang anbefales: *Jakob Bundgaard*, Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling; Herudover kan henvises til f.eks. *Søren Bjerre Nielsen* i SO 1985.59; *Lars Cort Hansen* i SU 1998.236; *Karsten Engsig Sørensen* i SU 1998.320. I international kontekst kan henvises til *David B. Oliver*, *The impact* (fortsættes...)

kapitalens fri bevægelighed samt etableringsretten, idet nægtelse af rentefradrag for den del af gælden, der overstiger det enkelte medlemslands debt: equity ratio, kan udgøre en hindring, der »direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt«³⁸ hindrer samhandelen, eller rettere: Hindrer et udenlandsk selskab i at etablere sig i en anden medlemsstat.

Herved forfordes udenlandske moderselskaber i forhold til indenlandske moderselskaber, idet indenlandske selskaber som udgangspunkt frit kan vælge at finansiere indenlandske datterselskaber med fremmedkapital, uden at datterselskabets rentefradrag beskæres. Da de danske TC-regler forudsætter et grænseoverskridende element, vil det derfor kunne argumenteres for, at regelsættet i realiteten diskriminerer f.eks. non-resident shareholders fra andre EU-lande.

Med udgangspunkt i *Halliburton-sagen*³⁹ kan der mod SEL § 11 endvidere indvendes, at reglen medfører større besvær i forbindelse med international låntagning end i forbindelse med national låntagning. En sådan argumentation vil ligeledes ved en udvidet fortolkning formentlig finde støtte i *Eurowing-sagen*⁴⁰, hvor Domstolen i præmis 44 udtalte følgende:

»En eventuel skattemæssig fordel, som tjenesteydere måtte have på grund af en lav beskatning i den medlemsstat, hvor de er etableret, kan ikke tjene som begrundelse for, at en anden medlemsstat skattemæssigt udsætter tjenesteydelsesmodtagere i den sidstnævnte stat for en mindre fordelagtig behandling (jf. for så vidt angår EF-traktatens artikel 52 (efter ændring nu artikel 43), dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 21, og Asscher-dommen, præmis 53).«

³⁷ (...fortsat)

of EU non-discrimination provisions in UK corporate tax law, ECTR 1998.170; *José M. Calderón Carrero*, Spanish Thin Capitalization in Light of the Non-Discrimination Principle: its Compatibility with Double Tax Treaties and EC Law, Intertax 1996.282; *Nicolas Not*, Are French Thin Capitalisation Rules Compatible with OECD Model Convention?, Tax Planning International Review, s. 16; *Bruno Gouthière*, Thin Capitalization Rules and the Non-Discrimination Principle, European Taxation 2002.159.

³⁸ Jf. formuleringen i sag 8/74, »Dassonville«, vedrørende art. 30 (nuværende art. 28) omhandlende varenes fri bevægelighed. *Paul Bater* fra IBF forklarer i European Taxation, vol 40, no.1/2, s. 9 Dassonville-doktrinen betydning for den direkte beskatning således: »Although direct tax measures will rarely amount to a restriction on the free circulation of goods, the *Presse* case should be noted to illustrate how this can arise. This case concerned a French tax law that allowed newspaper publishers to set up a tax-free reserve for the purchase of buildings or equipment used for the business or to deduct from their profits expenditure incurred for this purpose; however, the relief was not available in respect of any part of the taxpayers publications that were printed outside France. The Court held, that the measure amounted to an incentive for French publishers to use printers based in France, which was an obstacle to intra-Community trade in breach of Article 30«.

³⁹ C-1/93, »Halliburton Services BV v. Staatssecretaris van Financiën«, Saml. 1994 I, s. 1137.

⁴⁰ C-294/97, »Eurowings Luftverkehrs AG«, Saml. 1999 I, s. 7447.

Til argumentationen kan det tilføjes, at der i EU ikke er mange medlemsstater, der beskatter selskaber på en måde, der indebærer en potentiel skattebesparelse af en vis størrelse som følge af tynd kapitalisering i Danmark.

Afslutningsvis vil det kunne anføres, at reglerne om tynd kapitalisering – i modsætning til rent interne nationale koncernforhold – potentielt medfører øgede byrder for skatteydere, der er koncernforbundne med enheder i andre EU-lande. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt eksempelvis *Futura-sagen*⁴¹ kan give støtte for et argumentation gående på, at disse øgede byrder mangler proportionalitet.

5.1 Status på Domstolens arbejde med TC-lovgivningen

Forhåbentligt er en direkte tilkendegivelse fra EF-Domstolen omhandlende tynd kapitalisering på vej. Således har Finanzgericht Münster⁴² den 21. august 2000 forelagt følgende sag til præjudiciel prøvelse for så vidt angår de tyske TC-regler:

Sagen vedrører et tysk GmbH, »Lankhorst-Hohorst«, hvis nominelle selskabskapital ved stiftelsen var 20.000 DEM. I årene 1987-1996 blev selskabskapitalen løbende udvidet til 2 mio. DEM. Moderselskabet var hollandsk (L H B) med et 100 % ejerskab, der igen var ejet 100 % af et andet hollandsk selskab (L T B). Den 1. december 1996 optog det tyske selskab et ansvarligt lån på 3 mio. DEM hos det hollandske koncernselskab (L T B), og det var aftalt, at lånet skulle have karakter af egenkapital i selskabet. Lånet skulle tilbagebetales i 10 rater med start den 1. oktober 1998. Lånet blev flydende forrentet med 4,5 % pro anno, hvorfor rentebetalingerne i 1997 udgjorde 135.000 DEM og året efter 109.000 DEM. I samme periode fik det tyske selskab store driftsmæssige underskud, og balancen viste tab, der ikke lod sig dække af selskabets aktiver. De tyske skattemyndigheder karakteriserede rentebetalingerne som maskeret udbytte og nægtede fradrag for rentebetalingerne. Finanzgericht Münster forelagde herefter hjemlen til afslaget til præjudiciel prøvelse.

Årsagen til usikkerheden er, at de omtvistede regler har til hensigt at sikre, at al profit hidrørende fra tyske kilder skal beskattes i Tyskland, før disse distribueres videre til aktionærer, der ikke er berettiget til tysk »imputationscredit«⁴³. I praksis er tilfældet dog, at det som altovervejende udgangspunkt kun er udenlandske aktionærer (moderselskaber), der ikke er berettiget til den tyske imputationscredit. Endvidere følger det af de omtvistede regler, at et moderselskab frit kan vælge, hvorvidt et datterselskab skal finansieres med låne- eller egenkapital. For selskaber, der er kontrolleret fra udlandet, gælder dog en debt:equity ratio på 3:1 (fikseret gæld) og en debt:equity ratio på 0,5:1 (anden gæld). Imidlertid havde selskabets likvide

⁴¹ C-250/95, »Futura Participations SA / Singer«, Saml. 1997 I, s. 2471.

⁴² Einscheidungen Nr. 1005-1006, EFG 2000 Nr. 22, »Vorlage an den EuGH zur EG-Rechtswidrigkeit des § 8a KStG«, s. 1273.

⁴³ Tyskland afskaffede ved en skattereform i 2000 deres todelte selskabsskattesystem. Ifølge dette blev udloddet overskud beskattet med 30 % og overført overskud blev beskattet med 40 % eller 0 %. Ved en senere udlodning af overført overskud blev der ydet en skatterefusion på 10 % af beskattet overskud, mens der skulle betales 30 % skat af ubeskattet overskud (»imputationscredit«).

problemer medført, at selskabets equity i perioden var nul. Alle rentebetalinger blev herefter nægtet fradrag samt beskattet som værende udbyttebetalinger.

Årsagen til den præjudicielle forelæggelse er, at Finanzgericht Münster frygter, at de tyske regler sammenholdt med etableringsretten er diskriminerende, idet reglerne behandler indenlandske og udenlandske selskaber forskelligt. Finanzgericht Münster fremhæver derfor i sin indbringelse, at selvom reglerne ikke beskatter rentebetalingerne som følge af nationalitet, så medfører reglerne, at kun udenlandske selskaber (der jo ikke har adgang til den tyske imputationscredit) bliver beskattet.

Som følge af sagens omstændigheder har generaladvokat Jean Mischo pr. 26. september 2002 indstillet til EF-Domstolen, at de tyske regler kendes i strid med det EU-retlige princip om fri etablering. Domstolens stillingtagen til spørgsmålet ventes primo 2003.

5.2 Særligt om de franske TC-regler og OECD's modeloverenskomst art. 24

Selvom Frankrig ikke har haft sine TC-regler til prøvelse for EF-Domstolen, har Frankrig via national prøvelse⁴⁴ af regler vedrørende tynd kapitalisering givet adskillige tolkningsbidrag til rækkevidden af ikke-diskriminationsprincippet i OECD's modeloverenskomst artikel 24.

Retten i Orleans statuerede i maj måned i den såkaldte »Andritz Sprout Bauer«-sag, at de franske regler om tynd kapitalisering stred med ikke-diskrimineringsbestemmelsen i art. 26, stk. 3, i den gamle 1959-dobbeltskatningsaftale mellem Frankrig og Østrig (svarende til artikel 24, stk. 5 i OECD's modeloverenskomst). Dobbeltskatningsaftalen fra 1959 blev senere blevet afløst af en ny dobbeltskatningsaftale fra 1993. I den nye dobbeltskatningsaftale er det udtrykkeligt bestemt, at overenskomstens regler ikke er til hinder for anvendelse af de franske regler om tynd kapitalisering.

Efter de franske regler om tynd kapitalisering kan franske selskaber, der kontrolleres fra udlandet, ikke fradrage renter vedrørende gæld til det udenlandske moderselskab for den del af renterne, som vedrører gæld, der ligger udover 1,5 gange egenkapitalen. Der findes ikke en tilsvarende begrænsning af rentefradragsretten vedrørende renter, der betales til franske moderselskaber. Den franske domstol mente herved, at det franske datterselskab af det østrigske moderselskab blev undergivet en mere byrdefuld beskatning end franskejede selskaber alene på grund af det udenlandske ejerskab. Hermed forelå der en overtrædelse af ikke-diskrimineringsbestemmelsen i 1959-dobbeltskatningsaftalen.

Efterfølgende har fransk retspraksis med sagerne »Schmalbach Lubeca Pet France« og »Société Andritz« statueret, at foreneligheden med OECD's Modelkonventions art. 24 er forskellig i følgende tre tilfælde:

- Konventioner, hvor Frankrig særskilt har reserveret sin ret til at anvende TC-regler,

⁴⁴ Se hertil Skat Udland 1997, side 266.

- Konventioner, hvor Frankrig ikke særskilt har reserveret sin ret til at anvende TC-regler, samt hvor konventionen har en bestemmelse lig artikel 24, stk. 5 i modelkonventionen (men ikke en bestemmelse lig artikel 24, stk. 4), og
- Konventioner, hvor Frankrig ikke særskilt har reserveret sin ret til at anvende TC-regler, men hvor konventionen har en bestemmelse lig artikel 24, stk. 4 (men ikke nødvendigvis også en bestemmelse lig artikel 24, stk. 5).

Forskellen på disse tre konventionstyper sammenfattes i Tax Planning International⁴⁵ således:

»Such French thin capitalization rules are compatible with the income tax conventions where France expressly reserves its right to apply Article 212-1° of the French Tax Code notwithstanding all the provisions of the relevant income tax convention; and such French thin capitalization rules are not compatible with the non-discrimination principles contained in the income tax conventions where France does not expressly reserve its right to apply Article 212-1° of the French Tax Code and which have a provision similar to paragraph 4 of Article 24 of the OECD Model Tax Convention on Income and Capital (with or without a provision similar to paragraph 5 of such article 24).

5.3 Særligt om hensyn, der kan begrunde TC-regler

Såfremt det konkluderes, at en TC-regel opstiller en hindring for enten etableringsretten, kapitalens fri bevægelighed eller tjenesteydelsernes fri bevægelighed, opstår spørgsmålet, om denne hindring lader sig begrunde af særlige hensyn.

Selvom EF-domstolen med *Bachmann-sagen*⁴⁶ accepterede et hensyn til sammenhængen i skattesystemet, så er dette hensyn efterfølgende blevet modificeret betydeligt med henholdsvis *Wielockx-sagen*⁴⁷ og *Danner-sagen*⁴⁸. Spørgsmålet er derfor, om der som modargument kan fremføres, at TC-lovgivningen reelt medfører, at tilladelse til rentefradrag forudsætter en beskatning af renteindtægten et andet sted hos et andet skattesubjekt på et niveau svarende til dansk selskabsbeskatning.

For så vidt angår den generelle undtagelsesbestemmelse omhandlende *hensynet til den offentlige orden*, er det ikke fastslået endeligt, i hvilket omfang *ICI-sagen*⁴⁹ kan anvendes i relation til reglerne i SEL § 11. Det kan anføres, at selvom reglerne om tynd kapitalisering sigter mod at hindre skatteudnyttelse, så rammer SEL § 11 alle selskaber, der er koncernforbundne med udenlandske selskaber, uanset hvorvidt der består et motiv til skatteunddragelse i alle henseender. Omvendt kan det anføres, at SEL § 11 muligvis må antages at være proportional i det omfang, der er tale om långivning på armslængdevilkår.

⁴⁵ Nicolas Not, Are French Thin Capitalisation Rules Compatible with OECD Model Convention, Tax Planning International, Vol. 28, No. 9, September 2001, s. 22.

⁴⁶ C-204/90, »Bachmann«, Saml. 1992 I, s. 1779.

⁴⁷ C-80/94, »Wielockx«, Saml. 1995 I, s. 2493.

⁴⁸ C-136/00, »Danner«.

⁴⁹ C-264/96, »ICI«, Saml. 1998 I, s. 4695

6. EU-retten & flytning af ledelsens sæde

Såfremt ledelsens sæde⁵⁰ for en virksomhed flyttes til Danmark fra udlandet, medfører dette som udgangspunkt fuld skattepligt for virksomheden til Danmark.⁵¹ Ved opgørelsen af det tilflyttede selskabs indgangsværdier skal der tages afsæt i aktivernes og passivernes handelsværdier på tilflytningstidspunktet.

Hertil gælder for det første en undtagelse om aktier og passiver, der i forvejen beskattes i Danmark. Endvidere gælder der en undtagelse for afskrivningsberettigede aktiver, således at disse skal anses for anskaffet til den oprindelige anskaffelsessum, men således at de anses for afskrevet maksimalt efter danske regler, jf. SEL § 4 A, stk. 2. Er handelsværdien på tilflytningstidspunktet undtagelsesvis lavere end den maksimalt afskrevne værdi, skal handelsværdien lægges til grund.

Flyttes ledelsens sæde for en virksomhed i stedet fra Danmark til udlandet, anses aktiver og passiver, som ikke efter ledelsens fraflytning fortsat er omfattet af dansk beskatning, for afhændet på fraflytningstidspunktet, jf. SEL § 5, stk. 7. Der sker således en dansk ophørsbeskatning af virksomheden, selvom virksomheden stadig er »going concern« i et andet EU-land.

6.1 Status på Domstolens arbejde med lovgivning vedrørende fraflytningsbeskatning
I de senere år har bl.a. Storbritannien haft en række sager ved EF-domstolen omhandlende flytning af ledelsens sæde.

Den mest kendte er sagen vedrørende medievirksomheden *Daily Mail*,⁵² der ønskede at flytte ledelsens sæde fra Storbritannien til Holland. *Daily Mail* havde på dette tidspunkt foretaget en række investeringer i udlandet, som endnu ikke havde været bragt til beskatning i Storbritannien.

På daværende tidspunkt fulgte det af britisk lovgivning, at der krævedes tilladelse til at flytte ledelsens sæde. Dog havde Storbritannien tilkendegivet, at en sådan tilladelse ville blive givet, såfremt *Daily Mail* lod investeringerne beskatte før fraflytningen. *Daily Mail* mente, at en sådan bestemmelse var diskriminerende og i strid med den fri etableringsret i TEF art. 52 (nuværende artikel 43). Domstolen fastslog, at selvom etableringsretten indeholder en særlig adgang for selskaber til at ophøre i et land for efterfølgende at etablere sig i et andet medlemsland, så inkluderer denne rettighed ikke en adgang for selskaber til alene at flytte ledelsens sæde. Sagens element af »avoidance«, dvs. medievirksomhedens forsøg på at bringe investeringerne til lavere beskatning i Holland end i Storbritannien, kan muligvis have påvirket Domstolen.

⁵⁰ Om flytning af ledelsens sæde: Se bl.a. *Niels Mørch*, Cahirs LXXIIIa, s. 363 ff.; *Steen Askholt og Aage Michelsen*, Cahirs LXXIIa, s. 273 ff.; *Niels Winther-Sørensen*, Festskrift til Aage Michelsen, s. 307 ff.; *Erik Werlauff*, EU selskabsret, s. 6 ff.; *Søren Friis Hansen*, Julebogen 1999, s. 143 ff.; *Karsten Engsig Sørensen* i NTS 1999.92, samme i UfR 1999B, 163, samme i TfS 1999,324.

⁵¹ Se om undtagelsen hertil i SEL § 1, stk. 6, 3. pkt.

⁵² Case 81/87 (1988) STC 787

Selvom Storbritannien således vandt sagen, førte dommens præmisser til omfattende ændringer i Storbritanniens lovgivning. Om Daily Mail-dommen konkluderer Niels Winther-Sørensen i »Festskrift til Aage Michelsen«, s. 311:

»På baggrund af Daily Mail-dommen er det muligt at argumentere for, at den EU-retlige beskyttelse ikke gælder ved flytning af ledelsens sæde fra den EU-stat, hvori selskabet er indregistreret, til en anden EU-stat. Argumentet synes imidlertid, særligt efter Centros Limited-dommen, tvivlsomt. De særlige værdiansættelsesregler for afskrivningsberettigede aktiver er ikke begrundet i nationale forskelle vedrørende selskabers tilknytning, jf. herved at tilsvarende regler gælder ved indtræden af begrænset skattepligt ved oprettelse af et fast driftssted og ved indtræden af fuld skattepligt for fysiske personer«.

En ny fransk sag⁵³, der omhandler de franske regler om fraflytningsbeskatning, er netop blevet forelagt EF-Domstolen og ventes at give et afgørende bidrag til den generelle vurdering af fraflytningsbeskatningens forenelighed med EU-retten.

Sagen omhandler en fransk statsborger, der blev beskattet af sin 50 % ejerandel i et fransk selskab ved sin fraflytning fra Frankrig til Belgien. Den franske statsborger påklagede beskatningen med den begrundelse, at han var udsat for en beskatning, som var i strid med TEF artikel 43 omhandlende etableringsretten.

Ved påklagelsen noterede Conseil D'Etat sig, at de franske regler om fraflytningsbeskatning var indført for at modvirke skatteunddragelse og skatteflugt. Herefter bemærkede Conseil D'Etat, at de franske regler om beskatning af aktieavancer alene fandt anvendelse, hvor en aktionær fraflyttede landet (uden nødvendigvis at afhænde aktierne). Som følge af de to modsatrettede hensyn, dvs. hensynet til undgåelse af skatteunddragelse kontra hensynet til den fri etableringsret i det indre marked, besluttede Conseil D'Etat's tvistmålsafdeling herefter at forelægge EF-Domstolen en anmodning om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Er etableringsfriheden i medfør af TEF artikel 43 til hinder for, at en medlemsstat, af hensyn til at imødegå en risiko for skatteunddragelse, indfører regler om beskatning af urealiseret værdistigning i tilfælde af flytning af det skattemæssige hjemsted?«⁵⁴

Det må antages, at ophørsbeskatningen kan virke diskriminerende for virksomheder, der ønsker at flytte til et andet land, idet de reelt forskelsbehandles i forhold til virksomheder, der nystartes med midler i det land, hvortil ledelsens sæde tilflyttes. Ophørsbeskatningen kan også virke som en restriktion, der hindrer den fri bevægelighed i det indre marked.

7. Sammenfatning

Gennemgangen viser, at der langt fra er klarhed over, hvilke grænser der gælder for EU-staters skatteretlige antiudnyttelsesregler. Ovenstående eksempler på potentielle brud med fællesskabsretten sætter endvidere TEF's artikel 10 vedrørende loyalitets-

⁵³ Sag C-9/02, »Hughes de Lasteyrie du Saillant«. Om fortolkning af forelæggelsen og sagens indhold: Se *Antoine Valat* i ET 2002.195.

⁵⁴ Se SU 2002.196.

og solidaritetsprincippet i et interessant perspektiv. Spørgsmålet er, om antiudnyttelsesregler på skatteområdet begrænser integrationen i det indre marked, og dermed er i strid med selve fællesskabets målsætning.

Derfor er det relevant at undersøge hvert enkelt element af de skatteretlige antiudnyttelsesregler, der kan siges at stride med de frihedsrettigheder og forbudsbestemmelser, der følger af EU-traktaten. Selv om teorien har givet sine bud, vil de væsentligste fortolkningsbidrag i de kommende år udspringe fra EF-Domstolen via medlemsstaternes præjudicielle forelæggelser på området.

Både borgere, virksomheder og medlemsstater har interesse i denne udvikling. For når alt kommer til alt, giver EU-traktaten en række friheder og rettigheder, som hver enkelt medlemsstat er forpligtet til at overholde.

Rockfestivaler og sikkerhedsforskrifter i EU-perspektiv¹

af

Susanne Storm

1. Indledning

Rockfestivaler er ved overgangen til det nye årtusinde blevet et ungdomsfænomen navnlig i de skandinaviske lande, i England og i USA. Det kendes også i de østeuropæiske lande efter Sovjetunionens sammenbrud. På en måde synes fænomenet at være det synlige tegn på ungdomsoprør mod autoriteterne, hvad enten disse autoriteter er forældre, offentlige myndigheder eller andre. Hertil kommer, at de kropslige udfordringer i det moderne samfund, hvor der lægges stadig mere vægt på viden og kommunikation frem for forskellige former for fysisk indsats, bliver færre. Kropslige udfoldelser henlægges derfor af de unge for eksempel til rockkoncerter og musikfestivaler i en lang række udgaver. I disse sammenhænge får de unges søgen efter fysisk udfoldelse afløb på forskellige måder. Flere af de unges adfærdsmønstre er farlige: For eksempel plejer de unge til rockkoncerter at mase sig frem mod scenen, således at der opstår et meget stort pres bagfra på de foranstående. Når de unge står så tæt presset ind mod hinanden, etableres der en slags kropsligt kollektiv. Dette kropslige kollektiv giver mulighed for yderligere udfoldelser, som alle går ud på, at den enkelte på en måde sætter sit liv på spil for derved at opnå en oplevelse af at have givet slip på sig selv og af at være blevet en del af fællesskabet. »Stagediving« er et eksempel. Den enkelte tilskuer klatrer op på scenen og kaster sig herfra ned på publikum, der er klumpet sammen foran scenen og som følge heraf er i stand til at gribe personen i luften. Det kan også være én af musikerne i rockbandet, der kaster sig ud fra scenen for at blive båret oppe af den tætpakkede tilskuermasse. Et andet eksempel er »crowd-surfing«. Her klatrer tilskuere, der eksempelvis står bagest på tilskuerpladsen, op på toppen af kollektivet og bliver båret af de ståendes hoveder og skuldre gennem tilskuerrummet frem til scenen og scenegraven, hvor de gribes og sendes tilbage til publikum. Et tredje eksempel er, at mindre grupper i publikum begynder en voldsom dans, hvorunder deltagerne kaster sig mod hinanden, ja faktisk slår sig mod hinanden og herved opnår en slags kollektiv smerteoplevelse. Disse fysiske adfærdsformer giver de unge deltagere en oplevelse af umiddelbart at være med i begivenhedernes centrum samtidig med at disse adfærdsformer i hvert

¹ Denne artikel bygger på idéer og tanker, som blev fremlagt i et paper af forfatteren ved konferencen »Festivals and Events Management« arrangeret af International Festivals & Events Association i samarbejde med Sheffield Hallam University, konferencen blev holdt i Bonn i februar 2002.

fald potentielt både er selvdestruktive og farlige for andre i den tætpakkede tilskuerskare.

Hvor farlig denne adfærd er, viste sig med al ønskelig tydelighed ved ulykken under Roskilde Festivalen i juni 2000. Ulykken skete under en koncert med rock-gruppen »Pearl Jam« på Orange scene, Festivalens største scene, fredag d. 30. juni lige før midnat. Publikums antal var 50.000 tæt pakkede deltagere. Scenen er ikke overdækket, og vejrforholdene var meget dårlige den aften, det var koldt, regnfuldt og blæsende. Publikum bagest i tilskuerrummet masede sig frem mod scenen, ligesom enkeltpersoner crowd-surfed. Vagterne foran scenen var derfor fra koncertens begyndelsen travlt beskæftiget med at hjælpe tilskuere ud fra området. Presset bagfra på publikum lige foran scenen bevirkede, at tilskuere faldt eller blev væltet omkuld. Nogle kom straks op igen ved egen hjælp, mens andre ikke med det samme kunne rejse sig. Derfor faldt andre over dem, og samtidig faldt nogle crowd-surfer ned i det derved opståede »hul«. De omkringstående hjalp tilsyneladende ikke de faldne, eller også kunne de ikke hjælpe dem. På grund af mørket og det dårlige vejr gik der nogen tid, før det blev opdaget af vagterne, at der var noget galt. Først da livløse tilskuere blev løftet op og bragt til lægevagten ved siden af scenen, slog vagterne alarm og standsede musikken. Der blev gjort forsøg på at få publikum til at trække sig tilbage fra området lige foran scenen samtidig med, at yderligere livløse tilskuere blev løftet op og bragt til lægevagten. Først på dette tidspunkt blev brandvæsen og politi alarmeret. Ved ulykken omkom 8 unge mænd, og endnu en ung mand døde få dage efter uden at være kommet til bevidsthed. Dødsårsagen for samtlige var kvælning som følge af en sammenpresning af brystkassen.²

Ulykken gav anledning til selvransagelse hos Roskilde Festivalens arrangører, til en nærmere redegørelse fra Roskilde Politi, som i medfør af Politivedtægten havde givet tilladelsen til festivalens afholdelse, til en rapport fra en af den daværende regering nedsat arbejdsgruppe i kulturministeriets regi, jf. note 2, og en redegørelse fra statsadvokaten for Sjælland om eventuel placering af et strafferetligt ansvar for ulykken.³ Det spørgsmål, som vil blive behandlet i denne artikel, har tæt tilknytning til ulykken (og andre tilsvarende ulykker), men har et andet perspektiv end placeringen af et strafferetligt eller erstatningsretligt ansvar. Det spørgsmål, der stilles her, er, om publikumssikkerheden ved musik- og rock-festivaler bør reguleres gennem indførelse af regler om sikkerhedsforanstaltninger. Udgangspunktet i denne artikel er, at sådanne regler bedst vil kunne indføres på fællesskabsplan. Det første spørgsmål, der skal undersøges her, er derfor, om der er hjemmel i Traktaten om Det Europæiske Fællesskab til at indføre sådanne regler.

² Ulykken er beskrevet i rapporten afgivet i februar 2001 af den af den daværende regering nedsatte arbejdsgruppe vedr. sikkerheden ved musikfestivaler, jf. senere i teksten.

³ Ifølge et referat i dagspressen konkluderede statsadvokaten i sin redegørelse i foråret 2001, at det ikke var muligt at placere et ansvar for ulykken i strafferetlig henseende. Roskilde Festivalens arrangører havde dækket omkostningerne ved de omkomnes hjemtransport og begravelse. Da ingen af de omkomne var forsørgere, var der herudover intet erstatningskrav, skønt én af de omkomnes forældre i pressen har gjort sig stærkt til talsmand for, at Roskilde Festivalen måtte have et erstatningsansvar under én eller anden form.

2. Er der hjemmel i EF-Traktaten til at udstede sikkerhedsforskrifter?

Spørgsmålet er imidlertid, om publikumssikkerhed ved rockfestivaler overhovedet er et problem med fællesskabsdimension. En forudsætning for regulering er nemlig, at Fællesskabet har hjemmel i EF-Traktaten til at gribe ind og fastsætte sikkerhedsforskrifter. Svaret på spørgsmålet om EF-dimensionen må nok være et ja af to grunde: 1) En meget stor del af publikum ved de større festivaler er unge fra andre lande både inden for og uden for Det Europæiske Fællesskab. Festivalerne er med andre ord internationale trækplastre og giver anledning til ungdomsturisme og deraf følgende bevægelighed over landegrænserne i et ikke ubetydeligt omfang. 2) Ulykkerne ligner hinanden, da de forårsages af et voldsomt publikumspres bagfra, således at de foranstående ingen mulighed har for at komme væk. Når svaret således – i hvert fald som et udgangspunkt – er et ja, bliver det næste spørgsmål: Hvilke regler i Fællesskabstraktaten kunne der blive tale om at anvende som hjemmel? Og hvad kan Fællesskabet rent faktisk gøre inden for disse rammer?

Med udgangspunkt i EF-Traktatens artikel 3 om »Fællesskabets midler« kan følgende mulige hjemmelsområder udpeges:

- Artikel 3(1)q, bidrag til ... udfoldelsesmuligheder for Medlemsstaternes kulturer. Med andre ord, Fællesskabets kulturpolitik.
- Artikel 3(1)t, bidrag til styrkelse af forbrugerbeskyttelse.
- Artikel 3(1)u, indførelse af foranstaltninger på områderne energi, civilbeskyttelse og turisme, altså Fællesskabets turismepolitik.

Artikel 3 giver imidlertid ikke hjemmel i sig selv for fællesskabsinitiativer inden for et område, men Traktaten fastsætter i særlige afsnit mere detaljerede regler om kultur (afsnit XII, artikel 151) og om forbrugerbeskyttelse (afsnit XIV, artikel 153). Derimod findes i Traktaten – udover omtalen i artikel 3(1)u – intet særligt afsnit om turisme. Dette punkt vil blive nærmere omtalt neden for.

2.1 Fællesskabets kulturpolitik, jf. artikel 3(1)q

Hvilke muligheder giver Traktaten Fællesskabet for at handle inden for kulturpolitikken? Artikel 151(1), har følgende ordlyd: »Fællesskabet bidrager til, at medlemsstaternes kulturer kan udfolde sig, idet det respekterer den nationale og regionale mangfoldighed og samtidig fremhæver den fælles kulturarv«. Her står ikke ret meget mere end i artikel 3(1)q. I henhold til artikel 151 (2) og (3) skal Fællesskabet ved sin indsats »fremme samarbejdet« mellem medlemsstaterne på forskellige områder inden for kulturpolitikken. Dette gælder også samarbejdet med tredjelande og internationale institutioner, navnlig Europarådet. Ligeledes skal Fællesskabet tage hensyn til kulturelle aspekter i sin indsats på andre politikområder i Traktaten (artikel 151(4)). Men ingen af disse bestemmelser giver mulighed for en egentlig lovgivning. En hjemmel findes først i bestemmelsens femte stykke, hvorefter Rådet – for at bidrage til virkeliggørelsen af artikel 151's mål – kan vedtage tilskyndelsesforanstaltninger efter proceduren i artikel 251, men med enstemmighed i Rådet, dog må der ikke være tale om harmoniseringsforanstaltninger. Desuden kan Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen vedtage henstillinger. Medmindre

sikkerhedsforskrifter kan henføres til kategorien »tilskyndelsesforanstaltninger« – hvad jo nok er tvivlsomt – kan Fællesskabet efter de kulturpolitiske regler kun vedtage »henstillinger« på dette område. Medlemsstaterne var ikke rundhåndede ved indførelsen af de kulturpolitiske regler med Maastricht-traktaten i 1992.⁴

2.2 Forbrugerbeskyttelse i Fællesskabet, jf. artikel 3(1)t

Ifølge artikel 153(1), som fastlægger Fællesskabets målsætning inden for forbrugerpolitikken, skal Fællesskabet bidrage til at beskytte forbrugernes sundhed, sikkerhed og økonomiske interesser og til at fremme deres ret til oplysning og uddannelse og til at organisere sig for at beskytte deres interesser. Denne målsætning blev formuleret og indsat ved Amsterdam-traktaten i 1997. Ligeledes blev der på det tidspunkt indsat en bestemmelse svarende til den, der gælder for kulturpolitikken, hvorefter Fællesskabet skal inddrage forbrugerbeskyttelseshensyn ved udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets andre politikker. Bestemmelsen indeholder i sit stk. 3, a) og b) to hjemler til at vedtage forbrugerbeskyttelsesforanstaltninger: enten vedtagelse af harmoniseringsforanstaltninger i henhold til artikel 95 som led i gennemførelsen af det indre marked (a) eller vedtagelse af foranstaltninger, der støtter, supplerer og overvåger den politik, som medlemsstaterne selv fører (b). For begge hjemler gælder det, at foranstaltninger skal vedtages af Rådet efter proceduren i artikel 251 og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg. Ligeledes gælder det for begge, at medlemsstaterne kan opretholde eller indføre strengere beskyttelsesforanstaltninger, jf. art. 153(5).

En eventuel hjemmel til udstedelse af sikkerhedsforskrifter må snarest skulle findes i harmoniseringshjemlen vedrørende det indre marked. Fordelen herved er, at dette hører under Fællesskabets enekompetence. Dog er formålet med vedtagelse af sikkerhedsforskrifter for festivaler primært at gøre deltagelsen i disse begivenheder mere sikker for publikum og kun sekundært at fremme personernes frie bevægelighed over landegrænserne. Det er vanskeligere at forestille sig, at sikkerhedsforskrifterne vil kunne udstedes i henhold til stk. 3, b), da ingen af medlemslandene har en politik på dette område, som Fællesskabet kan støtte, supplere eller overvåge, jf. ovenfor ved note 4.⁵

2.3 Fællesskabets turismepolitik, jf. artikel 3(1)u

Udover den ved Maastricht-traktaten i 1992 indføjede bestemmelse i artikel 3(1)u, hvorefter Fællesskabets virke skal indebære, at der indføres foranstaltninger på

⁴ I øvrigt nævnes kulturelle hensyn ikke i Traktaten bortset fra undtagelsesbestemmelsen i artikel 30, der tillader medlemsstaterne – undtagelsesvist – at begrænse varenes frie bevægelighed for at beskytte »nationale skatte af kunstnerisk, historisk eller arkæologisk værdi.« Litteraturen om Fællesskabets kulturpolitik er sparsom, men se f.eks. M. Niedobitek (1997), »The Cultural Dimension in EC Law«, Kluwer Law International.

⁵ Litteraturen om Fællesskabets forbrugerpolitik er – i modsætning til kulturpolitikken – righoldig, se f.eks. S. Weatherill (1997), »EC Consumer Law and Policy«, European Law Series Longman.

områderne energi, civilbeskyttelse og turisme, er Traktaten tavs om turisme.⁶ Det betyder imidlertid ikke, jf. straks nedenfor, at Fællesskabet ikke har en blomstrende turismepolitik.

At Traktaten ikke skulle indeholde egentlige bestemmelser om turisme var ikke hensigten, da de første forberedelser til ændringerne ved Unionstraktaten blev gjort. I 1990 anbefalede Det Økonomiske og Sociale Udvalg, at der blev indføjet en særlig henvisning til turisme i den nye Traktat. I juli 1991 foreslog Europa-Parlamentet, »at der i Traktaterne indføres et afsnit om turistpolitik i betragtning af dennes væsentlige betydning som ledsagepolitik«.⁷

Et udkast til Maastricht-traktaten blev udarbejdet, da Luxembourg havde formandskabet for Rådet i 1992. Dette udkast indeholdt ikke alene en målsætning om Fællesskabets turismepolitik i udkastets artikel 3(u), men også et afsnit XV om turisme. Udkastet, der kun havde én artikel, indeholdt i stk. 1 en uddybning af målsætningen, hvorefter Fællesskabet skulle opmuntre til samarbejde mellem medlemsstaterne med det formål at bidrage til en udvikling af deres indsats for turisme. Det skulle endvidere efter forslaget i stk. 1 pålægges Kommissionen at udføre studier, at fremkomme med udtalelser og at rådføre sig inden for følgende områder: indsamling af statistisk materiale, udveksling af information og erfaring, koordinering af medlemsstaternes initiativer om turisme – alt med det formål at implementere fælles projekter om turisme. Ifølge forslaget i stk. 2, skulle det pålægges Rådet efter forslag fra Kommissionen i samarbejde med Parlamentet efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Det Regionale Udvalg med kvalificeret flertal at vedtage foranstaltninger – dvs. retsakter – på de områder, der var omtalt i stk. 1.⁸ Imidlertid forsvandt denne bestemmelse fra Traktaten om Den Europæiske Union – uvist af hvilken grund.⁹

Konferencen mellem repræsentanterne for medlemsstaternes regeringer i Maastricht i februar 1992 erklærede i stedet, at spørgsmålet om medtagelse i Traktaten af regler på områderne for civilbeskyttelse, energi og turisme ville blive drøftet på grundlag af en rapport, som Kommissionen skulle forelægge for Rådet

⁶ *P.J.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat* (1998) *Introduction to the Law of the European Communities* (third edition) Kluwer Law International, s. 1117-18. Her omtales forsøget på at indsætte en bestemmelse om turismepolitik i Traktaten.

⁷ EF-Bull. 9-1990, pkt. 1.2.106 og EF-Bull. 6-1991, pkt. 1.2.67.

⁸ Europe Documents No 1722/1723, 5 July 1991, s. 14, Title XV.

⁹ *P. Dejemeppe* i artiklen »Les Droits du Touriste Européen« i *Journal des Tribunaux Droit Européen*, no. 10, 16. juni 1994, s. 97-100 ser på, hvilke beskyttelsesregler der indtil da (1994) var blevet indført i Fællesskabet for at beskytte turistens rettigheder, men han kommer ikke ind på spørgsmålet om, hvorfor Traktatbestemmelsen om turisme ikke blev medtaget. Det samme gælder artiklen af *J. Wouters*, »La Libre Circulation des Touristes dans la Jurisprudence de la Cour de Justice C.E.« *ibid.*, s. 102-105, måske fordi han i sin artikel først og fremmest behandler spørgsmålet om turistens frie bevægelighed på det indre marked.

senest i 1996 og drøftes på regeringskonferencen samme år.¹⁰ Kommissionen gjorde i denne beretning opmærksom på, at der stadig mangler et specifikt retsgrundlag for Fællesskabets indsats på bl.a. turistområdet, men at dette ikke har forhindret iværksættelsen og gennemførelsen af en række foranstaltninger med hjemmel i Traktatens daværende art. 235 (nu art. 308) med enstemmighed i Rådet efter forslag fra Kommissionen og høring af Parlamentet.¹¹ Overvejelserne om at iværksætte en fællesskabspolitik på turismeområdet går således helt tilbage til Fællesskabets oprettelse i 1957, men først med Rådets beslutning i 1989, da året 1990 blev udnævnt til at være det Europæiske Turisme År, vedtog Rådet en egentlig handlingsplan for Fællesskabets turismepolitik med hjemmel i Traktatens art. 235 (nu art. 308).¹² Traktatens art. 308 giver mulighed for at udstede retsakter på områder, hvor sådanne er »påkrævet for at virkeliggøre et af Fællesskabets mål inden for fællesmarkedets rammer, såfremt Traktaten ikke indeholder fornøden hjemmel hertil«. Fællesskabets indsats har betydet, at turismepolitikken tages med ved udarbejdelsen af programmer og politikker og forberedelsen af lovgivning på områder, som nok har en turistdimension, men ikke primært vedrører turismepolitik. I Kommissionens Grøn bog fra 1995 om »Den Europæiske Unions betydning for turismen« redegør Kommissionen for Fællesskabets hidtidige indsats, idet Kommissionen giver udtryk for, at turisme berører alle europæiske borgere, for hvem den udgør et umisteligt socialt gode, og at turisten som forbruger derfor skal have en central placering i en fællesskabspolitik for turisme.¹³ Senere var det Fællesskabets arbejdsmarkedspolitik, hvori turismepolitikken spiller en tilsvarende stor rolle, da et stort antal unionborgere i Fællesskabet er ansat i turistindustrien.¹⁴ At turismepolitikken således lever i bedste velgående, men som en såkaldt »flankepolitik« – dvs. som supplement for andre egentlige politikområder er sikkert grunden til, at der er ej heller i Nice-Traktaten er indføjet nye regler om Fællesskabets turismepolitik, skønt Kommissionen i sin 1996-beretning havde anbefalet indførelsen af sådanne regler i det kommende udvidede Fællesskab særlig med

¹⁰ Erklæring nr. 1 til Maastricht-Traktaten.

¹¹ Kommissionens beretning til Rådet om civilbeskyttelse, turisme og energi vedtaget d. 3. april 1996. EU-Bull. 4-1996, I Regeringskonferencen.

¹² Rådets afgørelse af 21. december 1988 om et handlingsprogram for det Europæiske Turistår (1990)(89/46/EØF) EF-Tidende L17/53. Rådets afgørelse af 13. juli 1992 om en EF-handlingsplan for turisme (92/421/EØF) EF-Tidende L231/26.

¹³ Kommissionens Grøn bog, »Den Europæiske Unions betydning for Turismen« af 4. april 1995 KOM (95) 97.

¹⁴ Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, »Community measures affecting Tourism (1997/99)«, 28 March 2001. COM (2001) 171 final. Dette er den seneste rapport på området.

henvisning til, at kravet om enstemmighed i art. 308 vil blive vanskeligere at opfylde til den tid.¹⁵

Som konklusion på disse overvejelser kan det vel konstateres, at det er tvivlsomt, om reglerne i Traktaten om Fællesskabets kulturpolitik overhovedet giver mulighed for at fastsætte sikkerhedsforskrifter for rockfestivaler eller festivaler i det hele taget. Derimod er hjemlen som nævnt ovenfor bedre i forbrugerbeskyttelsesafsnittet, men problemet er her, at foranstaltningerne enten skal vedtages som et led i harmoniseringsforanstaltninger i det indre marked eller også supplere en politik, som medlemslandene allerede fører. Det mest nærliggende ville nok være, at sådanne regler blev udstedt som et led i Fællesskabets initiativer på turismeområdet – eventuelt i kombination med forbrugerbeskyttelsesreglerne. Muligheden herfor vil blive behandlet i det følgende afsnit.

3. EF sikkerhedsforskrifter for turister

Egentlige overvejelser om turisters sikkerhed i deres egenskab af modtagere af tjenesteydelser og forbrugere ses første gang i en rådsbeslutning fra 1984 om en fællesskabspolitik for turisme.¹⁶ I denne beslutning opfordres Kommissionen til at fremkomme med forslag på turismeområdet efter konsultation med medlemslandene og med respekt af deres nationale særpræg og internationale forpligtelser. Rådet anbefalede regulering på mange områder, hvor der senere er indført regler til gunst for eller til beskyttelse af turister, f.eks. en fjernelse af medlemslandenes grænsekontrol, indførelsen af en europæisk sygeforsikring for turister, harmonisering af reglerne om ansvarsforsikring for motorkøretøjer, indførelse af regler til beskyttelse mod rejsearrangørers vildledende markedsføring af pakkerejser, for blot at nævne nogle af de vigtigste områder. Rådet nævner også, at Kommissionen bør fremsætte forslag, som sikrer turisten mod sikkerhedsrisici ved overnatning på hoteller. Denne anbefaling resulterede i et forslag til en henstilling fra Kommissionen om brandsikkerhed for hoteller, der – med hjemmel i den daværende art. 235 (nu art. 308) – blev vedtaget med enstemmighed i Rådet. Der henvises i henstillingens præambel til, at nogle medlemslande på det tidspunkt slet ikke havde brandsikringsregler for hoteller, mens andre medlemslandes regler var mangelfulde. Det var et formål med reglerne at beskytte turister og forretningsrejsende under deres ophold på hoteller i

¹⁵ Nice-Traktaten af 10. marts 2001 (2001/C 80/01) EF-Tidende C 80/1. Den juridiske litteratur om Fællesskabets turismepolitik er sparsom, men et eksempel er *F. Van Kray* (1993), »Tourism and the Hotel and Catering Industries in the EC«, European Community Law Series, the Athlone Press.

¹⁶ Rådets afgørelse af 10. april 1984 om en fællesskabspolitik for turisme, EF-Tidende C 115/2. Turister nyder godt af Traktatens regler om fri bevægelighed for tjenesteydelser i art. 49-55. Dette blev fastslået af EF-Domstolen første gang i sag 286/82 og 26/83, *Luisi og Carbone*, Saml. 1984 s. 377.

værtslandet ved på fællesskabsplan at definere tekniske minimumsstandarder for sikkerhedsforanstaltninger i tilfælde af ildebrand.¹⁷

Anden gang spørgsmålet om turisters sikkerhed blev berørt var i 1991, da et medlem af Europa-Parlamentet rejste spørgsmål om, hvorvidt redskaber, som f.eks. gynger, pariserhjul, karruseller, rutschebaner, som benyttes af besøgende i omrejsende tivoler og forlystelsesparker, måtte anses for at være tilstrækkeligt sikre. I sit svar på spørgsmålet henviste Kommissionen til, at et forslag til et rådsdirektiv havde været under udarbejdelse med det formål at regulere den frie bevægelighed for redskaber såsom karruseller, gynger og lignende, som benyttes af omrejsende tivoler og forlystelsesparker i det indre marked. Forslaget, der havde den daværende harmoniseringsbestemmelse i art. 100a (nu art. 95) i Traktaten som hjemmel, indeholdt regler, der, hvis de var blevet gennemført, ville have betydet, at den slags redskaber ville være blevet meget sikre at benytte for publikum. Imidlertid besluttede Det Europæiske Råd under Edinburgh-topmødet i 1992, at netop dette spørgsmål var omfattet af subsidiaritetsprincippet, og at det derfor ikke var påkrævet at regulere denne problemstilling på fællesskabsniveau. Derfor kom udkastet ikke videre.¹⁸

Tredje gang spørgsmålet om turisters sikkerhed blev rejst var i 1998. Det var igen et medlem af Europa-Parlamentet, der spurgte Kommissionen, om den havde planer om at introducere sikkerhedsforskrifter for turisters sikkerhed og sundhed ved benyttelsen af campingpladser og andre lignende turistfaciliteter – som i øvrigt sagtens kunne omfatte de pladser, hvor festivaler afholdes, idet der er afsat plads til, at de besøgende kan rejse telt og bo på stedet, så længe festivalen varer. Hertil svarede Kommissionen benægtende under henvisning til, at spørgsmålet om fastlæggelse af standarder for publikums sikkerhed og sundhed under deres ophold på turistattraktioner af den ene eller den anden art først og fremmest er et spørgsmål, som medlemslandenes myndigheder selv skal tage sig af. Ligeledes skal turistindustrien (altså branchen selv) i medlemslandene spille en aktiv rolle for at højne standarden både med hensyn til kvalitet og sikkerhed for det enkelte medlemslands turistattraktioner. Kommissionen fremhævede følgende i sit svar: »Effective dissemination of information to the tourist on minimum health and safety requirements on tourist sites is an essential element in raising standards. In that context, the Commission will seek to encourage the dissemination of information and best practice in the case of innovative measures taken in Member States in this area. This

¹⁷ Rådets henstilling af 22. december 1986 om brandsikring af eksisterende hoteller (86/666/EØF) EF-Tidende L384/60. Kommissionen har offentliggjort en rapport om henstillingen, dens implementering i medlemslandene og behovet for yderligere regulering af området på fællesskabsplan: COM (2001) 348 final.

¹⁸ Commission Staff Working Paper on Community Actions Affecting Tourism 1995/96 SEC (97) 1419 - 11 July 1997, s. 37, i afsnittet om forbrugers sundhed og sikkerhed.

will be a priority issue in the case of future work programmes dealing with the promotion of tourists' interests».¹⁹

De to sidstnævnte eksempler har det til fælles, at de – direkte eller indirekte – indeholder en reference til subsidiaritetsprincippet, jf. EF-Traktatens art. 5(2), hvorefter Fællesskabet på de områder, som ikke hører ind under dets enekompetence, kun handler, hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne selv og derfor bedre kan gennemføres på fællesskabsplan. Fællesskabets turismepolitik er netop et sådant område, en såkaldt »flankepolitik«, hvor hjemlen til at handle skal findes i Traktatens art. 308 sammenholdt med art. 3(1)u. Denne elastiske hjemmel hører afgjort ikke til Fællesskabets enekompetence – i modsætning til f.eks. reglerne om fri bevægelighed for personer og tjenesteydelser, varer og kapital (art. 25-31 og art. 39-60), ligeløns- og ligebehandlingsreglerne i art. 141 eller konkurrencereglerne i art. 81 og 82. Kommissionen besvarer de to spørgsmål fra Europa- parlamentarikerne ved at henvise til, at formålet med de af de to parlamentarikere foreslåede handlinger bedst kan opfyldes af medlemslandene selv. Ikke alene henviser Kommissionen til, at medlemslandenes myndigheder bedre vil kunne forfølge de foreslåede mål: sikkerhed for turister, når de opholder sig på turistattraktioner, men at professionen, dvs. turismeindustrien selv, skal spille en rolle, når det drejer sig om at højne kvalitets- og sikkerhedsstandarder på steder med turistattraktioner, som besøges af turister i stort antal, netop som det sker ved de omtalte rockfestivaler. Som et eksempel nævner Kommissionen i sit svar på spørgsmålet, der blev stillet i 1998, at en effektiv distribution af information og introduktion af vejledninger om »god skik« kunne være sådanne nyskabelser, som medlemslandene ville kunne gennemføre uden de store problemer.

Konklusionen på dette er således nok, at spørgsmålet om at indføre sikkerhedsregler til beskyttelse af turister, når de opholder sig på steder, der kan betegnes som turistattraktioner af den ene eller den anden art herunder også, når de er tilskuere ved rockkoncerter eller deltager i rockfestivaler – er et spørgsmål, der i medfør af subsidiaritetsprincippet i Traktatens art. 5(2) vises tilbage til medlemslandene som et område, hvor de bedst vil kunne regulere og det med en forventet deltagelse af festivalindustrien og arrangørerne selv. I det næste afsnit vil det blive undersøgt, om medlemslandene og festivalarrangørerne har levet op til denne forventning.

4. Medlemslandenes og festivalarrangørernes egen indsats for at skabe publikumssikkerhed

Det vil ikke være forkert at sige, at England er det land i Fællesskabet, der er nået længst med at udarbejde retningslinier for det, der på engelsk hedder crowd management, og som måske lidt klodset kan oversættes til forsamlings/publikumshåndtering i forbindelse med rockkoncerter og -festivaler. Årsagen hertil var Castle Donnington-ulykken i 1988: Under en stor udendørs rockfestival på Castle Donnington med deltagelse af mange af verdens den gang førende hard rock og

¹⁹ EF-Tidende C 354, 19. november 1998, s. 127.

heavy metal-bands blev to unge mænd mast ihjel af det pres, der opstod i publikums-mængden umiddelbart foran scenen. Ulykken skete d. 8. august 1988 og gav stødet til udarbejdelsen af The Event Safety Guide på initiativ af det britiske Home Office. Guiden var et resultat af et samarbejde mellem The Home Office, The British Health and Safety Council og repræsentanter for koncert- og festivalindustrien selv. Den blev første gang publiceret i 1993 og fik omgående kælenavnet »The Pop Code« og udkom igen i 1999 i anden reviderede udgave. Den består ikke, som man måske ville have forventet, af et sæt håndfaste regler om, hvordan festivaler og rockkoncerter kan gøres mere sikre for publikum at deltage i. Tilgangen er en helt anden. Udgangspunktet for denne guide er en gennemgang af de forskellige risikofaktorer ved den slags begivenheder, f.eks. er den store menneskemængde en risikofaktor ved rockkoncerter, da publikum maser, tramper, svajer, opfører sig aggressivt eller farligt. Men også de fysiske omgivelser såsom tribuner, hegn og aflukker, ja selv vejret repræsenterer sikkerhedsrisici.²⁰ Guiden foreslår, på baggrund af en gennemgang af disse risikofaktorer, forskellige fremgangsmåder og procedurer, som festivalarrangørerne kan følge for at undgå, at der overhovedet opstår en farlig situation, således at en ulykke slet ikke kommer på tale. Den samme fremgangsmåde følges i England ved evaluering af arbejdernes sikkerhed og sundhed på arbejdspladsen og har vist sig at være langt mere effektiv end fastsættelse af sikkerhedsregler med et præcist indhold ved lov.²¹

I Sverige arbejder et udvalg under det svenske kulturministerium hovedsageligt sammensat af repræsentanter for musik- og koncertbranchen med udarbejdelsen af en vejledning for festival- og koncertsikkerhed. Anledningen var også i dette tilfælde en ulykke, nemlig ulykken på Hultsfred Festivalen d. 17. juni 1999, hvorunder en ung kvinde omkom – formodentlig mast ihjel af et meget animeret publikum, der blev opfordret af bandet på scenen, »The Holes«, til at tage tøjet af. Bandets kvindelige forsanger tog selv alt sit tøj af umiddelbart før ulykken og presset frem mod scenen blev yderligere forstærket af, at bandet inviterede publikums kvindelige deltagere op på scenen.²²

I Danmark blev der ikke taget initiativer til at overveje risikofaktorer og publikumssikkerhed ved rockfestivaler og -koncerter, før ulykken skete på Roskilde Festivalen i juni 2000. Men før da, i 1995, efter ulykken på Vejle stadion samme år, havde et udvalg nedsat under kulturministeriet udarbejdet en rapport om sikkerheden

²⁰ At vejret er en sikkerhedsrisiko, sås med al tydelighed under den nys afholdte Jean-Michel Jarre-koncert i Hjørring med 40.000 deltagere. Regnen opblødte alle til- og frakørselsveje. Såfremt ambulancer eller brandbiler skulle have været tilkaldt, havde de ikke haft mulighed for at nå frem til et eventuelt ulykkessted. Koncerten blev afholdt med politiets tilladelse.

²¹ The Event Safety Guide: A Guide to Health, Safety and Welfare at Music and Similar Events. HSG 195 Health & Safety Executive Books 1999.

²² Både Castle Donnington- og Hultsfred-ulykkerne samt den svenske arbejdsgruppe er omtalt i den rapport, som d. 19. februar 2001 blev afgivet af arbejdsgruppen vedr. sikkerhed ved musikfestivaler, som den danske regering nedsatte d. 20. juli 2000 efter ulykken på Roskilde Festivalen. Rapporten vil blive omtalt nærmere i den følgende tekst.

på danske idrætsanlæg. Udvalget konkluderede, at ståpladser rangerede blandt de højeste risikofaktorer for tilskuere ved fodboldkampe. Samtidig hermed besluttede det europæiske fodboldforbund (UEFA), at alle tilskuerpladser ved internationale kampe fra sæsonen 1998/99 skulle være siddepladser med sæder forsynet med ryglæn.²³

Roskilde Festivalen er blevet afholdt i Danmark årligt de sidste tredive år. Den har altid været undergivet polititilsyn, da tilladelse til at afholde den skal indhentes fra Roskilde politi i medfør af politivedtægten før festivalens afholdelse hvert år. Arrangørerne af Roskilde Festivalen har hvert år udarbejdet en ansøgning indeholdende en evaluering af risikofaktorerne ved festivalens afholdelse og tilladelsen er blevet givet af Roskilde politi på basis af risikoevalueringen. Denne fremgangsmåde er der ikke sket ændringer i efter ulykken, men arrangørerne har efter ulykken udarbejdet en langt mere detaljeret risikoevaluering og beskrivelse af forholdsreglerne, end tilfældet var før ulykken. Arrangørerne tog forskellige nye initiativer i forbindelse med planlægningen af Festivalen år 2001, som f.eks. indførelsen af et personaleuddannelsesprogram, indretning af båse til publikum foran de store scener for at lette publikumspresset og gennemførelse af bedre kommandolinier mellem sikkerhedsvagter blandt publikum og den centrale sikkerhedsovervågning på festivalpladsen. Crowd-surfing blev forbudt. Roskilde Festivalens arrangører udarbejdede en vejledning til publikum om sikkerhed i samarbejde med et managementfirma, der har publikumssikkerhed som sit speciale: »Du og Publikums-mængden. Om oplevelse og sikkerhed på musikfestivaler«. Hensigten var at give publikum en bedre forståelse for de farlige situationer, der kan opstå i en stor publikumsmængde, og hvad den enkelte deltager selv skal gøre, hvis en farlig situation pludselig skulle opstå. Ekspert i publikumshåndtering fra Sverige, Holland, England, USA og Australien deltog i 2001-Festivalen og roste arrangørernes håndtering af publikums sikkerhed.²⁴ Både Festivalen 2001 og 2002 forløb uden uheld, men dog med et dalende tilskuerantal.

Roskilde Festivalens arrangører brugte den engelske Events Safety Guide som inspiration til udarbejdelsen af deres ansøgning om efterfølgende afholdelser af Festivalen, som blev indgivet til Roskilde Politi. Dette gælder både arrangørernes overvejelser om risikofaktorer og sikkerhedsforanstaltninger. Spørgsmålet var derfor, om ikke en tilsvarende dansk Events Safety Guide skulle udarbejdes til brug for alle festivalarrangører. Den daværende regering nedsatte derfor i juli 2000, da mindet om ulykken endnu var friskt, en arbejdsgruppe med otte medlemmer, som blev udpeget af henholdsvis kulturministeren, justitsministeren, Beredskabsstyrelsen, Statens Musikråd, Kommunernes Landsforening og sammenslutningen af danske

²³ Den danske arbejdsgruppes rapport af 19. februar 2001, s. 13.

²⁴ Disse oplysninger er givet af den ansvarlige for sikkerhed på Roskilde Festivalen, Henrik Nielsen, under et interview d. 27. november 2001. Han berettede desuden, at forbudet mod crowd-surfing blev strengt håndhævet af sikkerhedsvagterne, idet førstegangsovertrædere fik en advarsel, men deres adgangstegn, armbåndet, blev klippet af, hvis der skete gentagelser. Dette armbånd er et trofæ for deltagerne og at miste det, er derfor en alvorlig sag for den besøgende.

musikfestivaler. Arbejdsgruppens rapport blev offentliggjort i februar 2001. Arbejdsgruppen konkluderede i rapporten, at publikumssikkerheden ganske rigtigt burde forbedres – særlig for så vidt angår arrangørernes håndtering af et talstærkt publikum. Arbejdsgruppen pegede især på, at kontrollen med publikums opførsel burde styrkes – uden dog at gribe så meget ind, at festivalens karakter ville blive ændret eller forstyrret – en vanskelig balancegang. Udvalget anbefalede en mere hensigtsmæssig indretning af de fysiske omgivelser. Udvalget mente endvidere, at festivalernes personale burde have styrket deres beføjelser og have mulighed for konstant tæt kontakt med et centralt overvågningsteam, ligesom der skulle gennemføres en forbedret mulighed for hurtig og umiddelbar kommunikation med det store festival- eller koncertpublikum f.eks. via meddelelser på opstillede storskærme, hvis der skulle opstå farlige situationer. Endelig anbefalede udvalget, at der skulle udarbejdes en officiel Guide i lighed med den engelske Events Safety Guide med en meget grundig beskrivelse af navnlig risikofaktorerne ved afholdelsen både af store rockkoncerter og festivaler, således at det blev overladt til arrangørerne selv at finde frem til de bedst mulige sikkerhedsforanstaltninger til brug for netop deres koncert eller festival.²⁵ Derimod fastslog udvalget, at fastsættelse af bindende sikkerhedsregler ikke var en hensigtsmæssig løsning, men at det nuværende system med individuelle polititilladelser burde videreføres.

5. Konklusion

Spørgsmålet er nu, om det, der er blevet gjort rundt omkring i medlemslandene med England som forbillede, er tilstrækkeligt. Ligeledes om Kommissionen ved at henvise til subsidiaritetsprincippet måske bare har valgt den nemme udvej. Som med trafikulykker, hvor der helst skal et par dødsulykker til, før et farligt vejkrads bliver forbedret, kunne man få den fornemmelse, at det samme gør sig gældende her. En anden faktor er, at ikke alene Roskilde Festivalen, men mange andre festivaler ikke blot i Danmark, men i hele Europa, har lang tradition bag sig, og hidtil er det jo gået godt – bortset fra de ulykker, der har fundet sted og som har givet anledning til en forstærket indsats til gavn for publikums sikkerhed. Spørgsmålet er imidlertid, om den omstændighed, at det »normalt går godt« er en falsk tryghed, som ingen burde læne sig op ad. Som det fremgår af ovenstående, har arrangørerne af Roskilde Festivalen gjort en meget stor indsats for at forbedre sikkerheden ved dens afholdelse de efterfølgende år, og arrangementet er forløbet uden uheld. Imidlertid pegede én af deltagerne på den i note 1 omtalte konference, som selv var medarrangør til en festival i Holland, at hun var chokeret over den fuldstændige mangel på forudgående overvejelser om, hvad der eventuelt kunne gå galt. Denne festival blev afholdt i august og omfattede et optog på adskillige kilometers længde. Det skulle normalt ikke være noget problem på den tid af året, men i august 2001 var det pludselig blevet uvej med stærk regn og en meget kold vind. De fleste af deltagerne havde kun deres tynde sommertøj, og mange blev stærkt forkomne, uden at det var muligt at undsætte dem på en virkelig effektiv måde. Den pågældende konference-

²⁵ Udvalgets sekretær har oplyst telefonisk den 22. oktober 2002 at en dansk Events Safety Guide stadig er under udarbejdelse, og at der formentlig ikke vil ske noget på området før i 2003.

deltager havde gerne set, at der fandtes fælles regler på europæisk plan. Meget synes at pege i denne retning. Egentlig forekommer den fremgangsmåde, som benyttes i den engelske Events Safety Guide, at være god. Alle er enige om, at festivalerne i Europa er alt for forskellige til at kunne reguleres med bindende regler, men en opregning af forskellige risikofaktorer i en guide, der dækker hele Fællesskabet, ville være den ideelle løsning. Der synes også at være et behov for en sådan guide, jf. den hollandske konferencedeltagers bemærkninger ovenfor, så hvorfor vente til der sker flere af den slags tragiske ulykker? Subsidiaritetsprincippet skal uden tvivl anvendes, så længe Traktaten mangler regler med hjemmel til at føre en Fællesskabs turismepolitik, men peger det ikke i virkeligheden i den modsatte retning: ikke til medlemslandene, som Kommissionen påstår, men til Fællesskabet selv?: Problemet om publikumssikkerhed ved rock- og musikfestivaler vil bedst kunne løses på fællesskabsniveau i betragtning af den meget menneskelige tendens til at lade stå til, så længe det bare går godt.

Panteret i selskabsandele mv.

af

Anders Ørgaard

1. Indledning

Panteret er en klassisk juridisk disciplin. Som sådan har panteret gennem årene været behandlet i en række juridiske fremstillinger. Traditionelt har panteretten ikke været et område, der lovgivningsmæssigt har budt på store reformer. Nyskabelserne har været justeringer eller videreudbygning af bestående lovgivning. Dette er fx tilfældet med ændringen af tinglysningslovens § 38 i 1982, og med indførelsen af Bil- og Personbogen i 1992. Ved en sidstnævnte ændring blev der indført et nyt kapitel 6a i tinglysningsloven vedrørende bilbogsaktiver, men der var tale om en overførelse af kendte principper. Denne sindighed er der dog nok ingen, som begræder, da hyppige ændringer ville kunne skabe retsusikkerhed – herunder intertemporalretlige problemer – eller retstab.

Det lidt stillestående billede af den tingsretlige lovgivning må dog modificeres på et enkelt område. Reglerne for sikkerhedsstillelse i værdipapirer har nemlig udviklet sig markant i de seneste godt 20 år. En række ændringer har karakter af, at kendte principper justeres, hvilket delvis er båret af teknologiske fornyelser. Der foreligger imidlertid også ændringer af mere nyskabende karakter. I det følgende vil der blive søgt redegjort for reglerne om sikkerhedsstillelse i værdipapirer i form af ejerandele i selskaber. Her vil reglerne om sikkerhedsstillelse af interessentskabsandele, aktier og anparter blive belyst. For at få et mere fuldstændigt billede vil også reglerne om pantsætning af obligationer blive omtalt.

Artiklen vil i afsnit 2 blive indledt med et en gennemgang af nogle almindelige panteretlige principper. I afsnit 3 vil reglerne om pantsætning af interessentskabsandele blive omtalt. Herefter vil i afsnit 4 reglerne om pantsætning af aktier, anparter og obligationer blive undersøgt nærmere. Afsnit 5 indeholder reglerne om pantsætning af dematerialiserede aktiver. I afsnit 6 vil reglerne i collateraldirektivet blive berørt, og afsluttende vil reglerne kort blive søgt sammenfattet i afsnit 7.

2. Nogle panteretlige principper

I dette afsnit vil nogle almindelige principper blive belyst. Der er tale om nogle grundlæggende spørgsmål. Det er i hovedsagen kun forhold af betydning for den senere fremstilling, der omtales.

En pantsætning stiftes ved aftale. Der kræves ikke formkrav iagttaget. Det kan således henvises til de almindelige aftaleretlige regler. For at sikkerhedsstillelsen skal være virksom i forhold til pantsætterens aftaleerhververe eller kreditorer, skal den som oftest sikres gennem sikringsakt. Denne sikringsakt kan være rådigheds-

berøvelse (håndpantssætning), registrering (underpantssætning) eller meddelelse (transport). Sikringsakten varierer efter hvilken type aktiv, der er tale om. Ved underpantssætning af løsøre er sikringsakten tinglysning, jf. tinglysningslovens § 47, stk. 1. Ved simple fordringer er sikringsakten meddelelse til skyldneren, jf. gælds-brevslovens § 31, medens den for omsætningsgældsbreve i forhold til overdragerens kreditorer er rådighedsberøvelse, jf. gælds-brevslovens § 22. For fordringer er tinglysning udelukket som sikringsakt, jf. tinglysningslovens § 47, stk. 4.

For løsøres vedkommende er forbudet mod flydende pant fastsat i tinglysningslovens § 47 b, stk. 1, hvorefter der ikke kan gives underpant i samlinger af ensartede eller til fælles brug bestemte ting, der betegnes ved almindelige benævnelser, medmindre andet følger af andre lovbestemmelser. Tinglysningslovens § 47 b, stk. 1, er en ugyldighedsregel, der indebærer, at pantsætningen er ugyldig mellem parterne.¹ Ved de pantsætningsformer, hvor sikringsakten er rådighedsberøvelse, er der ikke nogen tilsvarende begrænsning. Dette har naturligvis betydning for det klassiske håndpant, hvorefter fx varelagerpantet i praksis flourer.

For fordringer findes ikke en bestemmelse som tinglysningslovens § 47 b, stk. 1. Der er således ikke noget forbud mod, at alle overdragerens udestående fordringer overdrages til panthaveren. For simple fordringer lægger kravet om sikringsakt i form af meddelelse efter gælds-brevslovens § 31 en praktisk hindring for, at sådanne aftaler skal respekteres af omverdenen.² En tilsvarende begrænsning sætter kravet om rådighedsberøvelse for omsætningsgældsbreve i gælds-brevslovens § 22.

Adgangen til at overdrage fremtidige fordringer er begrænset. Det foreliggende domsmateriale viser ikke et krystalklart billede, men visse grundsætninger kan dog udledes.³ Pant i fremtidige fordringer kan således finde sted, hvis der er tale om en bestemt fordring, der kan beskrives klart og entydigt. Dette kan være tilfældet, hvis fordringen vedrører betaling for en bestemt ydelse – fx fremstilling af en bestemt genstand. Herudover er panteret i en fremtidig fordring blevet anerkendt, hvis pantsætteren og panthaveren ikke har mulighed for vilkårligt at påvirke pantets størrelse til skade for de øvrige kreditorer. Endvidere har praksis lagt væk på, at parterne – skønt de havde muligheden for at påvirke pantets størrelse – konkret har afholdt sig herfra.⁴

¹ Jf. *Hans Willumsen*: Tinglysningsloven s. 442 og *Niels Ørgaard*: Sikkerhed i løsøre (3. udg.) s. 32 f. En lignende bestemmelse, der angår fast ejendom, findes i tinglysningslovens § 10, hvorefter en panteret for at kunne tinglyses skal vedrøre en bestemt fast ejendom. Ideen i bestemmelsen er dog en anden end § 47 b, stk. 1, idet § 10 skal forhindre at en del af en fast ejendom pantsættes, medens den ikke er ment til at løse det noget upraktiske spørgsmål, om der kan ske underpantssætning af pantsætterens til enhver tid værende ejendomme. Dette udelukkes ikke af § 10, der derimod forhindrer tinglysning af en sådan panteret, hvilket i praksis er det samme.

² Jf. nærmere *Leif Heiselberg* i *Juridiske emner ved Syddansk Universitet* 2001 s. 56 ff.

³ Jf. nærmere *Lasse Højlund Christensen*: *Fremtidige fordringer* s. 82 ff. (navnlig s. 94 f.).

⁴ Se i tilsvarende retning U 1999.1783 H, hvor omstødelse efter konkurslovens § 70 blev båret af lignende betragtninger.

Går pantsætteren konkurs, vil pantsikkerheden kunne omstødes, hvis der er tale om panteret for allerede etableret gæld, hvis sikringsakten er foretaget senere end tre måneder før fristdagen, jf. konkurslovens § 70, stk. 1. Er der ved pantsætningen tale om en utilbørlig begunstiggelse af pantsætteren på de øvrige kreditors bekostning, kan der endvidere omstødes, hvis pantsætteren var eller ved dispositionen blev insolvent, jf. konkurslovens § 74.⁵ På nuværende tidspunkt er der ikke uden for konkursloven særlige omstødelsesregler møntet på pantsætning.

3. Sikkerhed i interessentskabsandele

Interessentskabet er i en vis forstand den enkleste selskabsform. Der er ikke nogen lov om interessentskaber, og der findes derfor ikke et avanceret sæt beskyttelsesregler, som det er tilfældet for aktieselskaber og anpartsselskaber. Pantsætning af interessentskabsandele må derfor følge almindelige grundsætninger.

Interessentskabet er et forretningsfællesskab, hvor interessenterne har indskudt virksomheden, der drives. Den enkelte interessent ejer ikke en del af den indskudte virksomhed, men derimod en nettoandel af interessentskabet. Ved beregning af denne andel trækkes gælden fra aktiverne, hvorved nettoandelen fremkommer. Den enkelte interessents nettoandel udgør herefter normalt den pågældendes ejerandel.

Det er i praksis næppe ualmindeligt, at en interessent anvender sin andel i interessentskabet som sikkerhedsstillelse. En sådan pantsætning af en interessentskabsandel blev forelagt Højesteret i U 1966.685. To sønner indtrådte i et interessentskab sammen med deres far, der hidtil havde ejet virksomheden alene. Herefter ejede de hver 1/3 af virksomheden. Som et led i handelen udstedte sønnerne hver sit løsrørepantebrev i deres respektive tredjedel af interessentskabet til faderen. Disse to løsrørepantebreve blev i overensstemmelse med de dagældende regler sendt til tinglysning ved sønnernes hjemting. Højesteretssagen drejede sig om det ene løsrørepantebrev, der blev nægtet tinglyst.⁶

Løsrørepantebrevet blev udstedt i sønnens »andel« i interessentskabet. Højesteret tiltrådte landsrettens afvisning af at tinglyse det. Kendelsen var konkret begrundet i, at udtrykket »andel« i løsrørepantebrevet ikke var nøjagtig nok. Det fremgår således af *P. Spleths* kommentar i U 1967B.57 f, at udtrykket i interessentskabsaftalen var anvendt såvel for bruttoandel som for nettoandel. Det pantsatte var altså for upræcist beskrevet. Kendelsen afsluttedes med noget, der minder om et obiter dictum. Højesteret bemærkede her, at stadfæstelsen kunne ske »uden at det bliver fornødent at komme ind på, hvilken betydning der i denne forbindelse kan tillægges bestemmelsen i tinglysningslovens § 47, stk. 4.«⁷

⁵ I praksis bliver pantsætninger kun sjældent omstødt efter konkurslovens § 74.

⁶ Det pantebrev, der blev udstedt af den anden søn, gik tilsyneladende problemløst igennem tinglysningen – han boede i en anden retskreds.

⁷ I FM 1991.57/2 afviste Vestre Landsret netop med henvisning til denne bestemmelse tinglysning af en interessents krav på nettoanpart i et interessentskab under henvisning til, at der var tale om en fordring, jf. *Erik Hørlyck: Interessentskaber og konsortier* (2. udg.) s 111. (fortsættes...)

Dette temmelig klare vink får den underfundige kommentar med på vejen af *P. Spleth* a.st., at »Herefter synes, det spørgsmål at have været drøftet, om det, der søgtes pantsat, ikke nærmest måtte betragtes som en fordringsret, nemlig som kravet på visse udbetalinger fra interessentskabet, således at underpantsætning ville være udelukket i medfør af tinglysningslovens § 47, stk. 4.« For den trods alt begrænsede læserskare til kommentarer til Højesterets kendelser om tinglysning må dette vel betegnes som en indlysende bemærkning. Det fremgår ganske klart af Højesterets obiter dictum, at retten tvivlede på, at der var tale om et aktiv, der kunne pantsættes efter løsrereglerne.

Herefter afsluttes kommentaren med en bemærkning om, at hvis »underpantsætning anses for udelukket, synes det tvivlsomt, om pantsætning overhovedet kunne ske, idet pantsætning efter gældsbrevslovens § 31 vistnok forudsætter, at skyldner og pantnaver ikke er væsentlig de samme personer, således som det her var tilfældet.« Det må være en rimelig antagelse, at slutsentensen her har haft en vis betydning. Der er jo ikke tvingende grunde til at kommentere konkret begrundede tinglysningsafgørelser som denne. En grund kunne være at komme med supplerende bemærkninger vedrørende det afgivne obiter dictum, men det afholder *P. Spleth* sig jo nærmest demonstrativt fra. Han kommer derimod med en udtalelse, der går et skridt længere ud end obiter dictum-udtalelsen i kendelsen.

Den juridiske teori har stort set taget U 1966.685 H til sig som en åbenbar fornuftig afgørelse.⁸ Der er således blandt de fleste enighed om, at interessentskabsandele ikke kan pantsættes efter løsrereglerne, men at reglerne om transport i simple fordringer må benyttes.⁹ Den afsluttende bemærkning i kommentaren har imidlertid skabt nogen usikkerhed.¹⁰

⁷ (...fortsat)

Bestemmelsen har været ændret flere gange. Den version, der var gældende ved Højesterets kendelse, var fastsat ved lov nr. 176 af 29. april 1960.

⁸ *Knud Illum* U 1970B.248 kritiserede – som led i en generel kritik af domsbegrundelser – afgørelsen for ikke klargøre, om der er tale om en konkret begrundet afgørelse eller en generel udtalelse om, at interessentskabsandele er uafgrænselige og derved ikke pantsætningsbare. Se hertil *P. Spleth* U 1970B.268, der bemærker, at det tydeligt skulle fremgå, at der er tale om en konkret begrundelse.

⁹ Jf. *Nis Jul Clausen*: Sikkerhed i fordringer (3. udg.) s. 61 f. og *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier (2. udg.) s. 110 f., men anderledes *Knud Illum*: Tingsret (3. udg. ved *Vagn Carstensen*) s. 123, hvor det anføres, at andelen kan pantsættes efter både reglerne om løsrøre og reglerne om fordringer.

¹⁰ *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier (2. udg.) s. 111 anfører, at der ved pantsætning af ejerpartebreve tillades, at der er sammenfald mellem debitor og kreditor, og at *Spleths* forudsætning om, at skyldner og pantsætter er væsentligt samme person, er forkert. Der følger herefter en redegørelse for, at interessentskabet ikke er identisk med den enkelte interessent. *Vagn Carstensen* og *Thomas Rørdam*: Pant (7. udg.) s. 322 note 14 er på samme linie, jf. også *Nis Jul Clausen*: Sikkerhed i fordringer (3. udg.) s. 61 f., der anfører, at det forhold, at der er et vist interesse- og personsammenfald mellem pantsætter (interessenten) og skyldner (interessentskabet/interessenterne) næppe i sig selv kan udelukke denunciation som sikringsakt.

Den indvending teorien har imod *P. Spleths* afslutningsbemærkning er, at forholdet mellem den enkelte interessent og interessentskabet ikke bør forhindre, at interessenten optræder som pantsætter af interessentskabsandelen. Dette synspunkt har ingen modsagt – heller ikke *P. Spleth*. Det er nemlig ikke denne situation, *P. Spleth* omtaler. I kommentaren sættes spørgsmålstegn ved, om der kan være for nær forbindelse mellem skyldneren (af fordringen) og *panthaveren* – ikke *pantsætteren*. Forholdet var jo det, at *panthaveren* (faderen) også var deltager i interessentskaber. Bemærkningen stiller her det spørgsmål, om meddelelseskravet i gældsbrevslovens § 31 udelukker, at der kan gives transport i en fordring, hvor skyldneren selv er medskyldner, hvilket faderen jo i kraft af sin hæftelse i interessentskabet kunne være. Konsekvensen af en modsat opfattelse kunne være, at *panthaveren* skulle give meddelelse til sig selv.¹¹

Når den fordring, der ønskes benyttet til sikkerhedsstillelse, påhviler på den, der modtager sikkerheden, kaldes det pant i egen gæld (*pignus debiti*). Det er sædvanligvis antaget, at denne konstruktion er gyldig. Der er imidlertid ligeledes sædvanligt at antage, at der her i realiteten er tale om en aftalt modregningsret og altså ikke en pantsætning, og at underretningskravet i gældsbrevslovens § 31 her er sat ud af kraft som meningsløst.¹² *P. Spleths* bemærkning kan næppe tages til indtægt for, at aftalt modregningsret ikke skulle være gyldig, og ej heller at der ikke kan gives transport i en interessentskabsandel.

U 1966.685 H må sammenholdt med *P. Spleth* i U 1967B.57 f forstås således, at udformningen af interessentskabskontrakten forhindrede Højesteret i at tage stilling til det principielle spørgsmål, om en interessentskabsandel kan pantsættes efter løsrereglerne. Højesteret var imidlertid af den opfattelse, at der var tale om en fordringsret, og at tinglysningslovens § 47, stk. 4, derfor forhindrede tinglysning af løsrørepantebrevet. I den konkrete sag kunne der dog næppe ske en traditionel transport, da der var tale om pant i egen gæld eller en aftalt modregningsret, og derved ikke en fordringspantsætning. U 1966.685 H må derfor forstås således, at interessentskabsandele pantsættes som simple fordringer.

Den økonomiske værdi af pantsætning af interessentskabsandele kan udmønte sig på to måder. Den ene er løbende udlodninger fra interessentskabet til den enkelte interessent. Den anden er interessentens provenu ved interessentskabets ophør. De to hovedgrupper frembyder lidt forskellige problemer, der vil blive omtalt i det følgende.

De løbende udlodninger udgør interessenternes andel af interessentskabets overskud. Det er ofte aftalt, at der sker *aconto*-udlodninger af det løbende

¹¹ Det er den almindelige antagelse, at meddelelsen kan stiles til interessentskabet, hvis et sådant er skyldner, jf. *Nis Jul Clausen: Sikkerhed i fordringer* (3. udg.) s. 82. I denne situation, hvor der er tale om en hæftelse på egenkapitalniveau, kan der ikke være en solidarisk hæftelse for interessenterne.

¹² Jf. U 1992.552 samt *Bernhard Gomard: Obligationsret 3. Del* (1993) s. 81 f. og *Henry Ussing: Obligationsretten Almindelig Del* s. 351 f.

overskud.¹³ Selvom pantsætningen omfatter disse løbende udbetalinger fra interessentskabet, vil disse beløb i et normalt forløb blive betalt til pantsætteren – altså til interessenten. Det vil således i almindelighed være aftalt, at det først er ved interessentens misligholdelse af låneforholdet, at panthaveren kan realisere pantet, mens udbetalingerne indtil da går til interessenten. En sådan realisation må – i overensstemmelse med retsplejelovens § 538 a, stk. 3 – ske ved, at udlodningerne fra interessentskabet inddrives af panthaveren, efterhånden som de forfalder. I tilfælde af misligholdelse skulle panthaveren herefter forlange, at interessentskabet ikke længere udbetalte løbende til interessenten, men i stedet til panthaveren.

Der består et gensidigt bebyrdende kontraktforhold mellem interessentskabet og den enkelte interessent. Ofte har interessenten en arbejdsforpligtelse eller andre forpligtelser over for interessentskabet. Interessentens udførelse af sin forpligtelse modsvares af, at de nævnte udlodninger sker til interessenten fra interessentskabet. Kontraktforholdet mellem interessentskabet og den enkelte interessent kan føre til, at interessentskabet har en selvstændig interesse i at betale direkte til interessenten og altså ignorere pantsætningen. Dette er tilfældet, hvor interessentskabet er afhængig af, at interessenten fortærende lever op til sine forpligtelser over for interessentskabet. Dette vil typisk komme på tale, hvor interessenten skal levere en arbejdsindsats, der er nødvendig for interessentskabet. Eksempelvis kunne der være tale om et interessentskab af dyrlæger, hvor hver enkelt har et specielt felt, der alle skal dyrkes, for at virksomheden kan drives.

I tilfælde som dette findes en undtagelse fra den almindelige regel, hvorefter skyldneren skal respektere en transport af en fordring. Er der et særligt hensyn at tage til medkontrahenten i det løbende kontraktforhold, er denne således generelt ikke forpligtet til at respektere transporten, men der vil kunne betales direkte til medkontrahenten.¹⁴ For udlæg er dette lovfæstet med retsplejelovens § 511, stk. 3. Denne retstilstand må tilsvarende gælde for pantsætninger af interessentskabsandele. I tilfælde, hvor interessentskabet således har et behov for interessentens indsats, og denne indsats vil blive forringet ved betaling til andre end interessenten, må det derfor antages, at panthaverens ret må vige.¹⁵ Det må derfor siges, at den sikkerhedsmæssige værdi af panteretten i de løbende udlodninger i disse situationer er begrænset.

Et ophør af interessentskabet kan finde sted på forskellig vis i overensstemmelse med de almindelige principper for ophør af løbende kontrakt- eller selskabsforhold. Der kan fx være tale om, at driften i interessentskabet indstilles med likvidation til følge, eller at interessenten afhænder sin andel. Størrelsen af den afsluttende

¹³ Dette er i modsætning til, hvad der gælder for aktieselskaber, jf. aktieselskabslovens § 109, hvorefter udbyttebetaling som led i den almindelige drift kun kan ske på grundlag af den senest godkendte årsrapport.

¹⁴ Jf. nærmere *Nis Jul Clausen: Sikkerhed i fordringer* (3. udg.) s. 12, *Peter Mortensen* i *Lærebog i Obligationsret II* s. 47 ff., *Kristian Sindballe* i *Festskrift til Henry Ussing* s. 485 ff. og *Henry Ussing: Obligationsretten Almindelig Del* s. 234.

¹⁵ Jf. *W. E. von Eyben: Formuerettigheder* s. 114.

udlodning er afhængig af forskellige hovedfaktorer. En væsentlige faktor vil ofte være værdien af indskuddet i interessentskabet. Dette indskud bestemmes frit af interessenterne. Indskuddet kan ske ved etableringen af interessentskabet eller efterfølgende. Er der sket værdistigning eller værdifald på den indskudte virksomhed, vil interessentens afsluttende udlodning naturligvis også blive påvirket heraf. En yderligere faktor er indtjeningen i interessentskabet. Indtjeningen vil normalt være afhængig af, at interessenterne yder en arbejdsindsats. Endelig vil det spille ind, hvor store de løbende udlodninger til interessenterne har været.¹⁶

Som det kan konstateres, er der en række faktorer, der hver for sig kan påvirke den endelige udlodning fra interessentskabet. Det må betragtes som helt uforudsigeligt, hvor stor den endelige udlodning vil være, da de enkelte faktorer hele tiden vil variere. Sat på spidsen ændrer værdien af interessentskabet sig således sandsynligvis ofte fra den ene dag til den anden. Med andre ord er den afsluttende udlodning fra interessentskabet altså et beløb, hvis størrelse det er umuligt at forudse. Det kan samtidig konstateres, at hovedfaktorerne her for i vidt omfang frit kan påvirkes af interessenterne selv.

Pantsætning af en interessentskabsandel er som tidligere anført en pantsætning af en fordring. Da deltagelse i et interessentskab kan vare i årevis, er det ofte ganske uvist, hvornår denne fordring vil skulle betales. Der er derfor tale om pantsætning af en latent fordring.

Det er muligt at pantsætte latente fordringer.¹⁷ Det må som ved pantsætning af fremtidige fordringer dog for det første nok kræves, at den pantsatte fordring kan beskrives klart og entydigt. Dette krav vil typisk være opfyldt ved pant i interessentskabsandele. Det vil jo fremgå klart, hvilket interessentskab der er tale om, og størrelsen af udlodningen vil følge interessentskabsaftalen eller de udfyldende regler. Den anden betingelse, der har været fremme, er, at pantsætteren ikke har mulighed for vilkårlig påvirkning af pantets størrelse. Her må det derimod siges, at pantsætningen kommer i risikogruppen af sikkerheder, der muligvis ikke skal respekteres af overdragerens kreditorer. Forholdet er jo, at pantsætteren i vidt omfang kan påvirke interessentskabets – og derved pantets – størrelse. Interessenten vil fx kunne foreslå, at den løbende udlodning mindskes, eller at der foretages yderligere kapitalindskud, hvorved midler kan blive overført fra pantsætterens ubehæftede formue til pantet. Dette må naturligvis ske i forståelse med de øvrige interessenter, men da disse ikke nødvendigvis har nogen modstridende interesse med den enkelte interessents simple kreditorer, vil dette næppe være et effektivt værn for disse. Måtte selve muligheden for vilkårlighed ikke være tilstrækkelig for, at pantsætningen tilsidesættes, er der næppe tvivl om, at en faktisk begunstiggelse af panthaveren vil kunne tilsidesættes, hvis der rent faktisk er sket en bevidst forrykkelse i strid med det hidtidige forretningsmønster i interessentskabet. Det må derfor konkluderes, at den del af pantsætningen af interessentskabsandelen, der udgøres af sikkerheden i det

¹⁶ Se nærmere om muligheden for at påvirke disse forskellige størrelser *Noe Munck* i *Selskabsformerne* s. 73 ff.

¹⁷ Jf. foran i punkt 2 om fremtidige fordringer.

afsluttende provenu, ikke med sikkerhed kan betegnes som holdbar i enhver situation.

I andre tilfælde har pantsætteren også mulighed for at påvirke pantets værdi. En sådan usikkerhed om omfanget af pantet har i sådanne tilfælde ført til et krav om kontrol fra pantthaverens side. Dette gælder således eksempelvis ved konsignation.¹⁸ Ligeledes gælder det ved håndpanter i et varelager – det såkaldte nøglepant.¹⁹ Som et sidste eksempel kan nævnes overdragelse af simple fordringer, hvor inkassobeføjelsen bliver hos overdrageren.²⁰

4. Sikkerhed i aktier, anparter og obligationer

Efter omtalen af den ulovregulerede sikkerhedsstillelse af interessentskabsandelene vil opmærksomheden blive rettet mod aktier. I nærværende afsnit vil reglerne om pantsætning af aktier blive gennemgået. Det er aktier, der er ikke er registreret i en værdipapircentral, der vil blive behandlet. Værdipapirer, der ikke fremtræder i fysisk form (dematerialiserede værdipapirer) omtales i afsnit 5. For fuldstændighedens skyld vil også reglerne om pantsætning af obligationer og anparter i anpartsselskaber blive omtalt.

4.1 Obligationer²¹

Tilvejebringelse af kapital gennem udstedelse af obligationer er sket i Danmark tilbage fra 1797. Obligationsudstedelse knyttes traditionelt sammen med finansiering af fast ejendom. I dagens Danmark er dette ikke længere det eneste område, hvor obligationer benyttes.²²

Obligationer blev af kreditforeningerne traditionelt udstedt som omsætningsgældsbreve i form af ihændehaverpapirer, jf. gældsbrevslovens § 11, stk. 2, nr. 1.²³ Ved pantsætning eller anden sikkerhedsstillelse indtræder kreditorbeskyttelsen derfor ved ihændehavelse af obligationen, jf. gældsbrevslovens § 22.

Hvis der er tale om en overdragelse, der ikke er til sikkerhed – altså typisk er et køb – udtaler gældsbrevsloven sig ikke om betingelserne for erhververens

¹⁸ Jf. *Hans Viggo Godsk Pedersen* i *Juridiske emner* ved Syddansk Universitet 2001 s. 126 f.

¹⁹ Jf. *Vagn Carstensen og Thomas Rørdam*: *Pant* (7. udg.) s. 298 ff.

²⁰ Jf. U 1956.444 H samt *Nis Jul Clausen*: *Sikkerhed i fordringer* (3. udg.) s. 77. Er der tale om en mellemregningskonto mellem selskabet og ejeren, vil tilsvarende synspunkter gøre sig gældende. Dette vil ligeledes være tilfældet, hvis der er tale om mellemregningskonti mellem et moderselskab og et datterselskab. Moderselskabet vil vilkårligt kunne påvirke mellemregningens størrelse, jf. *Paul Krüger Andersen*: *Studier i dansk koncernret* s. 601 f.

²¹ Afsnittet er medtaget for fuldstændighedens skyld, da papirbaserede obligationer kun har meget ringe praktisk betydning i dag.

²² Jf. nærmere *Gert Bo Gram og Bent Mebus*: *Værdipapircentralen* s. 5 ff.

²³ *Preben Lyngsø*: *Gældsbrevsloven* s. 86 og *Peter Møgelvang-Hansen* i *Gældsbrevsloven* s. 75 f.

kreditorbeskyttelse. Det er derfor den almindelige udfyldningsregel, der regulerer forholdet.²⁴ Den almindelige udfyldningsregel kendes fra løssørekøberens beskyttelse i forhold til sælgerens kreditorer. Her er der tale om et af de punkter, hvor det antages, at sondringen mellem genuskøb og specieskøb har betydning. Specieskøberens anses således at være sikret helt fra aftaletidspunktet. Genuskøberens retsstilling er derimod lidt mere uklar. Det kan vel siges, at der må være sket en individualisering af ydelsen, men det nærmere indhold heraf er tvivlsomt, og har gennem årene været genstand for en til tider ret intens debat.²⁵

Omsætningsbeskyttelsen – altså beskyttelsen i forhold til tidligere rettighedshavere – er reguleret i gældsbrevslovens § 14. Her skal gælds brevet være i erhververens besiddelse, for at beskyttelsen indtræder.

4.2 Aktier

I aktieselskabsloven findes regler, der omhandler spørgsmålet om overgang af aktier. Dette har dog ikke ført til den overskuelighed, der i andre tilfælde har været resultatet af lovregulering. Det vil således næppe være forkert at hævde, at læseren, der ikke i forvejen er bekendt med retsstillingen, ikke vil være i stand til at udlede den alene ved hjælp af det skrevne regelsæt.

Efter aktieselskabslovens § 24 finder gældsbrevslovens § 14, stk. 1 og 2 anvendelse ved aktiens overgang til eje eller pant, medmindre der i henhold til en bestemmelse i selskabets vedtægter er taget et utvetydigt og iøjnefaldende forbehold i aktiebrevet. I aktieselskabslovens § 25 b er det fastsat, at overdragelse til eje eller pant af en aktie, der ikke er udstedt gennem en værdipapircentral, eller for hvilken der ikke er udstedt aktiebrev, ikke har gyldighed i forhold til overdragerens kreditorer, medmindre selskabet har modtaget meddelelse om overdragelsen. Samtidig fastsættes det, at en senere erhverver går forud for en tidligere erhverver, når selskabet først modtager underretning fra denne, og han var i god tro, da underretningen fremkom. Det fremgår, at den ene bestemmelse regulerer omsætningsbeskyttelsen (§ 24), og at den anden både regulerer omsætningsbeskyttelsen og kreditorbeskyttelsen (§ 25 b). De to bestemmelser omfatter ikke samtlige aktietyper, og de er således ikke komplementære, jf. nedenfor.

Aktieselskabslovens § 24 fandtes i aktieselskabsloven fra 1973, og den har eksisteret i uændret form siden. Bestemmelsen kan genfindes i samme form i 1930-aktieselskabslovens § 26, hvor den i 1938 blev indsat med næsten samme ordlyd som i dag. Dette skete samtidig med indførelsen af gældsbrevsloven.²⁶ I generationen

²⁴ Jf. *Peter Møgelvang-Hansen* i *Gældsbrevsloven med kommentarer* s. 150 og *Peter Mortensen*: *Lærebog i Obligationsret* II s. 97 ff. begge med yderligere henvisninger.

²⁵ Jf. *Vagn Carstensen*: *Ting og sager* I s. 85 ff. og *Michael Elmer* og *Lise Skovby*: *Ejendomsretten* I s. 51 ff. (s. 53 f. og 57).

²⁶ Jf. *H.B. Krenchel*: *Håndbog i dansk aktieret* (2. udg. ved *Estrid Jacobsen*) s. 119.

før (1915-aktieselskabsloven) fandtes der ikke en tilsvarende bestemmelse.²⁷ Der synes ikke at kunne spores nogle større ændringer i den måde, hvorpå reglen er blevet fortolket.²⁸ Bestemmelsen i § 25 b blev indført ved lov nr. 1060 af 23. december 1992 ved indførelse af regler for papirløse aktier.

Efter aktieselskabslovens § 24 er erhververen omsætningsbeskyttet ved ihændehavelsen, jf. gældsbrevslovens § 14. Det fremgår ikke af bestemmelsen, hvornår kreditorbeskyttelsen indtræder. Når aktieselskabslovens § 24 alene henviser til gældsbrevslovens § 14, ville det være nærliggende, at der dermed ikke var yderligere bestemmelser i loven, der var anvendelige. I modsat fald havde der vel i aktieselskabsloven været henvist generelt til gældsbrevslovens kapitel II (om omsætningsgældsbreve), eller været en generel udtalelse om, at aktier er omsætningspapirer eller i det mindste en henvisning til alle – eller dog blot flere af – de bestemmelser, der er gældende for aktier. Dette er ikke tilfældet, men der er imidlertid ingen tvivl om, at gældsbrevslovens § 22 ligeledes finder anvendelse for aktier (sammen med flere andre bestemmelser).²⁹ Ved pantsætning er det således for kreditorbeskyttelsen afgørende, at panttageren har aktierne i hænde, jf. U 1942.554. Dette fører samtidig til, at kreditorbeskyttelsen ved en overgang af aktier, der ikke er en pantsætning, følger de almindelige ulovbestemte regler. Herefter er erhververen i et specieskøb sikret fra aftaletidspunktet, mens det er mere uklart, hvornår beskyttelsen indtræder ved et genuskøb – altså fx køb af en portefølje. Beskyttelsen indtræder her, når der er sket en ikke nærmere defineret individualisering af aktierne, jf. afsnit 4.1.

Aktieselskabslovens § 24 gælder efter sit eget indhold ikke, når der i henhold til vedtægterne er taget et utvetydigt og iøjnefaldende forbehold. Ud fra ordlyden er det ikke klart, hvad et sådant forbehold kan indeholde, idet det angives i lovbestemmelsen, at forbeholdet »fx« kan lyde på, at aktien ikke er et omsætningspapir. Udtrykket »fx« kunne lede til den tanke, at også andre forbehold kan bringe aktien ud af hovedreglen i § 24 og derved føre til, at gældsbrevslovens § 14 ikke er gældende. Dette kunne tænkes at være gældende ved indføjelse af en omsætningsbegrænsning – fx en forkøbsret efter § 19. Et sådant ræsonnement er imidlertid forkert, da der ikke er tvivl om, at bestemmelsen opererer med en ren sondring mellem negotiable og ikke-negotiable aktier. Udtrykkes »fx« angiver, at forskellige sproglige variationer kan benyttes, når det i aktiebrevet utvetydigt og iøjnefaldende fremgår, at der ikke er tale

²⁷ Det angives af *Fr. Vinding Kruse*: Ejendomsretten s. 1939, at sikringsakten for negotiable dokumenter, såsom aktier, var overgivelse eller påtegning på dokumentet, uanset om der var tale om et ihændehaverpapir.

²⁸ Se om tidligere fortolkninger fx *Bernhard Gomard*: Aktieselskabsret (2. udg.) s. 212 ff. og *H.B. Krenchel*: Håndbog i dansk aktieret (2. udg. ved *Estrid Jacobsen*) s. 118 ff.

²⁹ Jf. *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret (7. udg.) s. 172, *Søren Friis Hansen* og *Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II s. 109, *Ida Rosenberg*, *Lone Sneholt* og *Niels Thomsen*: Aktieselskabsloven med kommentarer (6. udg.) s. 165 f. og *Erik Werlauff*: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov (2. udg.) s. 44 og 169.

om et negotiabelt papir.³⁰ Det må her erindres, at bestemmelsen var samtidig med gældsbrevsloven fra 1938, og at det således måske dengang var naturligt at markere, at den nye lov kunne fraviges ved forskellige formuleringer. I dag – så mange år efter – synes formuleringen dog at være misvisende. Aktieselskabslovens § 24 er imidlertid hjemmel for, at aktier i papirform som udgangspunkt er negotiable.³¹

Er der tale om en ikke-negotiabel aktie, der eksisterer i papirform, er sikringsakten ikke beskrevet i aktieselskabsloven. Når der ikke er angivet en regel, er det den almindelige udfyldningsregel, som finder anvendelse. Spørgsmålet er herefter, hvad der er den almindelige udfyldningsregel her. Der synes at kunne være to mulige regler, og altså to mulige sikringsakter. Den ene er underretning om overdragelsen til selskabet i overensstemmelse med princippet i gældsbrevslovens § 31, stk. 1 og 2. Herved faldes tilbage på den almindelige regel ved simple fordringer, som der er tale om her. Denne løsning harmonerer med retsstillingen for interessentskaber.³² I teorien er det den almindelige opfattelse, at dette er udtryk for gældende ret.³³

En anden løsning, der for ihændeleveraktier synes nærliggende, ville være at anvende analogien af gældsbrevslovens § 31, stk. 4. Herefter får overdragelsen gyldighed i forhold til overdragerens kreditorer ved ihændeleverelsen, hvis gældsbrevs særlige beskaffenhed medfører, at skyldneren ikke frigøres ved betaling til andre end ihændeleveren. Denne regel er møntet på unegotiable ihændeleverpapirer, og bestemmelsen gælder analogt uden for gældsbrevslovens direkte anvendelsesområde.³⁴ Reglen synes at passe bedre på situationen, da den fysiske besiddelse af dokumentet tillægges den afgørende betydning, som den i praksis må forventes at blive tillagt, når der er tale om en ihændeleveraktie.³⁵ For navneaktier, hvor udøvelsen af forvaltningsbeføjelser i øvrigt også er knyttet til notering i selskabet

³⁰ Jf. H.B. Krenchel: Håndbog i dansk aktieret (2. udg. ved Estrid Jacobsen) s. 119, hvor det hedder, at »Ethvert aktiebrev er et omsætningspapir (negotiabelt), medmindre der i henhold til bestemmelse i selskabets vedtægter er taget utvetydigt og iøjnefaldende forbehold herom i selve aktiebrevet ved en påtegning som: »Ikke omsætningspapir«, »Ikke til ordre«, Ikke negotiabelt«.

³¹ Jf. Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (7. udg.) s. 169, Bernhard Gomard: Aktieselskaber & anpartsselskaber s. 145, Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II s. 101 f., H. B. Krenchel: Håndbog i dansk aktieret (2. udg. ved Estrid Jacobsen) s. 119 og Ida Rosenberg, Lone Sneholt og Niels Thomsen: Aktieselskabsloven med kommentarer (6. udg.) s. 165 f.

³² Jf. foran i afsnit 3.

³³ Jf. Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret (7. udg.) s. 172 f., Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II s. 107, Erik Werlauff: Selskabsret (4. udg.) s. 271 f.

³⁴ Jf. Bernhard Gomard: Obligationsret 3. Del s. 84 og Niels Ørgaard i Gældsbrevsloven s. 193 f. og 210.

³⁵ Det anføres da også af Erik Werlauff: Selskabsret (4. udg.) s. 272, at underretningskravet som sikringsakt er en løsning, »som muligvis vil kunne overraske nogle, der antager at ihændeleverelse af selve aktiebrevet skulle være tilstrækkeligt til at skabe tinglig beskyttelse«.

(aktieselskabslovens § 27), er det derimod nærliggende i overensstemmelse med hidtidig teori at opfatte underretning som sikringsakt.

Ved papirløse aktier, hvor der ikke er tale om dematerialiserede aktier, er sikringsakten underretning til selskabet, jf. aktieselskabslovens § 25 b. Det samme gælder anparter i anpartsselskabet, jf. anpartsselskabslovens § 18. Dette gælder uanset, om der er udstedt fysiske anparter.

5. Sikkerhed i dematerialiserede aktiver

5.1 Historik og overblik

Dematerialiserede aktiver er værdipapirer, der ikke findes i fysisk form. Her er således tale om aktiver, som giver sig til kende gennem edb-registrering. I dette afsnit vil reglerne herom blive gennemgået.

Da den tekniske verden var parat til elektronisk registrerede værdipapirer, kunne de eksisterende regler i gældsloven og aktieselskabsloven ikke dække lovreguleringsbehovet. Dette førte til værdipapircentralloven, der trådte i kraft den 1. juli 1980. Sammen med den samtidige registreringsbekendtgørelse blev nye regler om sikkerhed i fondsaktiver introduceret. Det nye system blev sat i gang i 1983. I begyndelsen omfattede systemet udelukkende obligationer.³⁶ I 1988 kom aktier også med, og en ny pantsætningsmetode for aktier var herefter født.

Reglerne forblev uændrede efter den såkaldte børsreform I i 1987, idet værdipapircentralloven ikke blev berørt på dette punkt. I forbindelse med børsreform II i 1996 blev reglerne i stort set uændret skikkelse overført til den nye værdipapirhandelslov. De sikkerhedsretlige regler blev dog suppleret med regler, der skulle lette sikkerhedsstillelse i forbindelse med Nationalbankens og pengeinstitutternes omsætning af værdipapirer. Det er disse regler, der fortsat råder i dag.³⁷

Det er en værdipapircentral, der registrerer de dematerialiserede aktiver og de forskellige rettigheder heri. Aktiverne kan være aktier og obligationer. Registrering af rettigheder finder sted på basis af anmeldelser fra de institutter, der fører konti hos værdipapircentralen. Når fx en panteret aftales, oplyses dette altså over for et kontoførende institut, der herefter rapporterer videre til værdipapircentralen. I værdipapircentralen finder den endelige prøvelse sted, hvorefter rettigheden kan registreres. Prøvelsen er en ren formel prøvelse.³⁸

Opbygningen i systemet er anderledes i forhold til de tidligere regler, hvilket afspejler nutidens sikkerhedsmæssige behov. Den ene type regler vedrører det, der her kaldes registreret pant. Den anden form kan kaldes automatisk pant.

³⁶ Jf. *Gert Bo Gram og Bent Mebus: Værdipapircentralen* s. 35 (hvor loven med bekendtgørelser er trykt som bilag) og i øvrigt med historisk rids s. 17 ff.

³⁷ Jf. nærmere om den historiske udvikling *Nis Jul Clausen* i *Børsretten* s. 11 ff.

³⁸ Jf. *Nis Jul Clausen* i *Børsretten* s. 122 ff.

5.2 Registreret pant

Ved registreret pant forstås her sikkerhedsstillelse, hvor bestemte fondsaktiver stilles til sikkerhed efter samme principper som ethvert andet aktiv. Det vil således typisk være en sikkerhedsstillelse til et pengeinstitut for et lån eller en kredit. Reglerne om registreret pant findes i værdipapirhandelslovens kapitel 22.

Efter værdipapirhandelslovens § 66, stk. 1, skal rettigheder over fondsaktiver registreres for at opnå kreditor- og omsætningsbeskyttelse. Efter bestemmelsens stk. 2 skal den aftale eller retsforfølgning, der skal kunne fortrænge en ikke registreret ret, selv være registreret, og aftaleerhververen være i god tro ved anmeldelsen til det kontoførende institut. Reglen er således modelleret over tinglysningslovens § 1 om underpant i fast ejendom.

For aktier og obligationer er der herved tilføjet endnu en måde med tilhørende sikringsakt, hvorved disse aktiver kan pantsættes. Hvor sikringsakten således hidtil kunne være rådighedsberøvelse eller meddelelse, kan den nu også være registrering – afhængig af, hvorledes aktivet fremtræder. Frem for det hidtidige flerstrengede system har den nu indførte model den fordel, at der gælder samme regler for alle dematerialiserede aktiver, og der er således ikke flere parallelle regelsystemer. Det kan samtidig bemærkes, at der ikke længere er tale om transport af rettigheden eller håndpant, men derimod tale om underpant. Ved sikkerhedsstillelse af depotet kan der dog opstå en situation, der har karakter af håndpant. Herved bliver ændringer i depotet lettere at styre sikkerhedsmæssigt. Der kræves nemlig ikke at foretages en ny registrering, hver gang der skiftes ud i depotet.³⁹

5.3 Automatisk pant

Ved automatisk pant forstås her en sikkerhedsstillelse i forbindelse med overdragelse af dematerialiserede aktiver. Her kan det aftales, at en portefølje sikrer lån til brug for erhvervelse af forskellige finansielle produkter – afvikling af værdipapirhandel. Automatisk pant er reguleret i værdipapirhandelslovens § 55. For overskuelighedens skyld medtages også her bestemmelsen i værdipapirhandelslovens § 72.

En grundlæggende idé i automatisk pant er, at de værdier, der handles, virker som sikkerhedsstillelse for værdipapirhandler, der finder sted. Når sælgeren er et kontoførende institut, kan adkomsten til værdipapirene efter værdipapirhandelslovens § 72 gøres betinget af betaling. Herved gøres registreringen på køberens konto betinget af, at betalingen finder sted. Dette betalingsforbehold bortfalder, medmindre sælgeren gør det gældende senest dagen efter afviklingsdagen inden kl. 17.30.⁴⁰

Indholdet i bestemmelsen er altså, at sælgeren, hvis betalingen ikke sker samme dag som afviklingen af værdipapirerne, kan gøre en ejendomsret gældende i det solgte. Dette skal dog ske straks. Her er der altså tale om et lovbestemt kontantforbehold. Kontantforbehold kendes fra løsørekøb. Herefter har sælgeren en ulovbestemt ret til i en begrænset periode at kræve salgsgenstanden tilbageleveret, hvis købe-

³⁹ Jf. nærmere Lennart Lyngé Andersen og Erik Werlauff, U 2001B.77 ff.

⁴⁰ Jf. bekendtgørelse nr. 1032 af 5. december 1996 § 2. En tilsvarende bestemmelse fandtes i værdipapircentralloven § 13 a.

summen i et kontantkøb ikke præsteres.⁴¹ Ved den direkte hjemmel slipper parterne for at lægge deres retsstilling an på det ulovbestemte kontantforbehold. Forskellen på betalingsforbeholdet og det klassiske kontantforbehold er for det første, at der som nævnt er en lovbestemt tidsfrist for at gøre betalingsforbeholdet i værdipapirhandelslovens § 72 gældende. Det ulovbestemte kontantforbehold skal gøres gældende hurtigt. En frist på ca. 14 dage er nok realistisk, men der foreligger ikke en fast retspraksis.⁴² En anden forskel er, at betalingsforbeholdet kan gøres gældende over for en senere erhverver af fondsaktiverne. Det traditionelle kontantforbehold kan sandsynligvis ikke gøres gældende ved salg til en forhandler på grund af den såkaldte forhandlergrundsætning.⁴³

Det viste sig imidlertid, at brugen af betalingsforbehold ikke var hensigtsmæssig i forholdet mellem pengeinstitutter indbyrdes og Nationalbanken. De virkede hæmmende på handelen. Dette skyldtes, at aktiverne ikke kunne videresælges med samme afviklingstidspunkt, som de var købt.⁴⁴ For at afbøde dette kom værdipapirhandelslovens § 55 på scenen. Reglerne i stk. 1-3 vedrører udelukkende forholdet mellem clearingdeltagere. Bestemmelsen blev indført ved Børsreform II. Reglen skulle således give mulighed for at smidiggøre sikkerhedsmuligheden i forhold til den mere primitive bestemmelse om betalingsforbehold.⁴⁵

Ideen i bestemmelsen er, at de fondsaktiver, der er placeret i bestemte depoter i clearingpapircentralen kan ligge til sikkerhed for den gæld, de enkelte clearingdeltagere kan få over for clearingcentralen eller andre clearingdeltagere. Herved vil handelen kunne kontrolleres således, at insolvensrisikoen for den enkelte deltager konstant er afdækket af deltagerens fondsaktiver placeret i depoter hos clearingcentralen.

Værdipapirhandelslovens § 55, stk. 1-3, hjemler en panteret. Pantet består af de aktiver, der befinder sig i bestemte depoter. Disse depoter ligger til sikkerhed for lån eller kreditter, som er optaget til afvikling af handel med dematerialiserede aktiver. Bestemmelsens stk. 1-3 er skåret over samme læst og har stort set samme indhold. Forskellen er, hvem sikkerheden kan stilles til fordel for. Sikkerheden kan således stilles til fordel for clearingdeltager eller clearingcentral (stk. 1), et betalingssystem eller en deltager i betalingssystem (stk. 2) eller Nationalbanken (stk. 3). Pantsætteren er en deltager i et clearing- eller betalingssystem.

⁴¹ Jf. *Vagn Carstensen*: Ting og sager I s. 17 ff. og *Michael Elmer* og *Lise Skovby*: Ejendomsretten I s. 119 ff.

⁴² Jf. *Michael Elmer* og *Lise Skovby*: Ejendomsretten I s. 121 med nærmere henvisninger til retspraksis.

⁴³ Forhandlergrundsætningen er nærmere beskrevet af bl.a. *Peter Blok* i Festskrift til Bernhard Gomard s. 47 ff. med yderligere henvisninger.

⁴⁴ Jf. nærmere bet. 1290 bind 4 s. 74.

⁴⁵ Jf. nærmere bet. 1290 bind 4 s. 74 f. samt *Nis Jul Clausen*: Sikkerhed i fordringer (3. udg.) s. 133 ff.

Bestemmelsen i § 55, stk. 5, har betydning i forholdet mellem en clearingdeltager og en udenforstående. Efter bestemmelsen gives der mulighed for en panteret i nettotilgangen, når en clearingdeltager har betalt for en andens erhvervelse. Herefter har clearingcentralen, hvis den har betalt for erhvervelse af fondsaktiver pant for betalingen i de pågældende fondsaktiver uanset forudgående aftale. Værdipapircentralen må dog respektere samtidige videresalg, som den tidligere har accepteret. Clearingdeltageren vil her vel normalt handle i eget navn, og hans position minder derfor om en mellemmands. Retsstillingen kan sammenlignes med kommissionslovens § 35, hvorefter indkøbskommissionæren også mister sin panteret (efter § 36) i det solgte ved videresalg.⁴⁶

6. Collateraldirektivet

Direktiv 2002/47/EF af 6. juni 2002 om aftaler om finansiel sikkerhedsstillelse kodificerer en række forhold, der hidtil har haft karakter af praksis i markedet, og som i nogen lande var lovreguleret. Direktivet fjerner således en usikkerhed ved at fastlægge reglerne. For dansk vedkommende er det i hovedsagen direktivets begrænsning i muligheden for omstødelse af pant efter objektive regler, der er nyskabende. Direktivet skal være implementeret senest 27. december 2003. Direktivet vil blive kort omtalt i det følgende.

Det er i nogen grad op til de enkelte medlemslande at fastsætte, hvilke parter direktivet skal gælde for. Både pantgiveren og pantsætteren skal som udgangspunkt være offentlige myndigheder, visse offentlige organer, centralbanker, en række finansielle institutioner, der er underlagt tilsyn, samt nogle nærmere definerede institutter, jf. nærmere artikel 1, stk. 2, litra a-d. Efter artikel 1, stk. 2, litra e, er en juridisk person, herunder ikke-registrerede virksomheder og interessentskaber, omfattet, forudsat at den anden part er en institution som defineret i artikel 1, stk. 2, litra a-d. Efter denne bestemmelse vil direktivet altså have et ret bredt anvendelsesområde. Det enkelte medlemsland kan dog bestemme, at artikel 1, stk. 2, litra e, ikke er gældende, jf. artikel 1, stk. 3. I så fald vil direktivet kun gælde i forholdet mellem de finansielle markedsdeltagere.

At sikkerhedsstilleren (pantsætteren) har ret til at ombytte sikkerheden med andre fondsaktiver eller til at tilbagekalde en oversikkerhed, fører ikke til, at sikkerhedsstillelsen ikke længere er kreditor- og omsætningsbeskyttet, jf. artikel 2, stk. 2, 2. pkt. Ligeledes er der i artikel 5 fastsat nærmere betingelser for sikkerhedshaverens brugsret til sikkerheden.

I artikel 3, stk. 1, er det fastsat, at aftalen om finansiel sikkerhedsstillelses gyldighed ikke må være betinget af, at der udføres en »formel handling«. Reglen skal sikre, at den eneste sikringsakt, som kan kræve, er at sikkerheden leveres, overdrages, besiddes, registreres eller på tilsvarende vis bringes i sikkerhedshaverens eller dennes repræsentants kontrol.⁴⁷ Den omtalte registrering kan ikke være en formel handling eller en særlig form for registrering hos et officielt eller offentligt

⁴⁶ Jf. nærmere Udkast til Lov om Kommission m.v. s. 51.

⁴⁷ Jf. punkt 9 i bemærkningerne til direktivet.

organ eller registrering i et offentligt register. Bestemmelsen udelukker ikke sædvanlige sikringsakter såsom registrering i en værdipapircentral, og har derfor ikke betydning i Danmark.⁴⁸

Endelig indeholder direktivet særlige begrænsninger i omstødelsesreglerne i artikel 8. Reglen er møntet på to situationer.⁴⁹ Den ene er sædvanlige aftaler om supplerende sikkerhedsstillelse, jf. artikel 8, stk. 3, litra a. Sådanne aftaler indebærer, at sikkerhedshaveren kan være berettiget til at forlange yderligere sikkerhed, hvis sikkerheden i engagementet forringes. Der kan fx være tale om, at parterne har indgået en terminsaftale, hvor en af parterne på grund af ændringer i markedet ifølge forudgående aftale dækker sig af med supplerende sikkerhed.⁵⁰

Den anden situation er ombytning af en bestående sikkerhed med en ny sikkerhed af samme værdi, jf. artikel 8, stk. 3, litra b. En sådan ombytning er ikke omstødelig efter direktivet, og det er den heller ikke i dag efter konkurslovens § 70, stk. 1. Der sker således ikke nogen ændring på dette punkt.⁵¹

Artikel 8 hindrer ikke omstødelse efter omstødelsesregler, når sikkerhedsstillelsen er »sket med det formål at stille andre kreditorer dårligere«. Her kan fx være tale om svig eller tilsvarende tilfælde.⁵² Det er derfor nærliggende at antage, at direktivet derved ikke hindrer omstødelse efter konkurslovens § 74.⁵³

7. Sammenfatning

Reglerne om sikkerhedsstillelse i ejerandele eller selskabsandele varierer fra selskabstype til selskabstype. Inden for de enkelte selskabstyper findes der imidlertid også forskellige variationer. I enkelte tilfælde kan det måske være tvivlsomt, hvilken værdi sikkerheden har, eller hvad der er sikringsakt.

Sikringsakten kan være underretning, rådighedsberøvelse og registrering. Sikringsakten er blevet nemmere at håndtere, jo mere avanceret selskabet er, og jo mere markedet har vist behov for omsættelighed. Udviklingen er gået fra under-

⁴⁸ Jf. punkt 10 i bemærkningerne til direktivet.

⁴⁹ Jf. punkt 16 i bemærkningerne til direktivet.

⁵⁰ Der kan fx være tale om, at A og B den 1. februar indgår en aftale om køb af USD for EURO til levering 1. april. A skal levere USD mod B's levering af EURO. Den 1. februar fastsættes således prisen. Da den vil svare til det aktuelle kursniveau, er værdien af aftalen 0 kr. på aftaleindgåelsestidspunktet. Efterfølgende kursudsving vil føre til, at aftalen får værdi. Er kursen på USD steget i forhold til EURO vil kontrakten have en positiv værdi for B og en tilsvarende negativ værdi for A. B's risiko for, at A ikke kan levere, vil han herved kunne dække af med supplerende sikkerhed, hvis der foreligger en oprindelig aftale herom.

⁵¹ Jf. *Konkursret* (8. udg.) s. 103 med nærmere henvisninger.

⁵² Jf. punkt 16 i bemærkningerne til direktivet.

⁵³ Det kan imidlertid nok være tvivlsomt, om øvrige ikke-objektive regler om omstødelse kan være gældende.

retning (interessentskaber, anpartsselskaber og visse aktieselskaber) til rådhedsberøvelse (visse aktieselskaber) og videre til registrering (dematerialiserede aktier).

I den senere tid er sikringsmulighederne for fondsaktiver, herunder aktier, blevet mere og mere komplekse. De nugældende regler fra Børsreform II har især indført et sofistikeret sikkerhedssystem vedrørende afvikling af værdipapirhandel. Disse regler er blevet videreudviklet med sikkerhedsdirektivet, hvor der bl.a. er lovfæstet begrænsninger i de almindelige omstødelsesregler.