

Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)

Juridiske emner  
ved  
Syddansk Universitet  
2005



Jurist- og Økonomforbundets Forlag  
2005

*Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005*  
1. udgave

© 2005 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: Holbæk Amts Bogtrykkeri  
Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers  
Printed in Denmark 2005  
ISBN 87-574-1265-0  
ISSN 1601-5479

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

Telefon: 39 13 55 00  
Telefax: 39 13 55 55  
e-mail: [forlag@djoef.dk](mailto:forlag@djoef.dk)  
[www.djoef-forlag.dk](http://www.djoef-forlag.dk)

## INDHOLD

Forord

Skatteforvaltningsreform <i>Adjungeret professor, cand.jur., Ole Bjørn</i> .....	9
Værdipapirhandel - en ejendoms- og patentretlig udfordring? <i>Professor, lic.jur., Nis Jul Clausen LL.M.</i> .....	24
Implementation within a reasonable period of time - the establishment of a DSU 21.3(c) Case Law <i>Adjunkt, cand.jur., Ph.D., Bugge Thorbjørn Daniel</i> .....	37
Strafferetten og den ny EU-forfatning <i>Adjunkt, cand.jur., Ph.D., Thomas Elholm</i> .....	55
Strafferetlige overvejelser i anledning af den tyske »kannibal-sag« <i>Adjunkt, Dr. Jur. (tysk titel), Birgit Feldtmann</i> .....	63
Sundhedsudgifter - ny udvikling i det skatteretlige driftsomkostningsbegreb <i>Ph.D.-stipendiat Jane Ferniss</i> .....	79
Transformation af retlige felter I Østeuropa <i>Post.doc., cand.jur., Ph.D. Ole Hammerslev</i> .....	91
Hist, hvor vejen slår en bugt - om hjemstedsbegrebet i dansk og europæisk selskabsret <i>Professor, lic.jur., Søren Friis Hansen</i> .....	105
Pengeinstitutternes rådgivning - med udgangspunkt i bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder <i>Ph.D.-stipendiat, cand.merc.jur., Camilla Hørby Jensen</i> .....	123
De internationale regnskabsstandarder og det skatteretlige beregningsgrundlag – et dansk perspektiv <i>Adjunkt, cand.merc.aud., Ph.D., Inge Langhave Jeppesen</i> .....	141
Force Majeure – Excluding Liability for the Breach of Contract In Latvia and Europe <i>Ph.D.-stipendiat Janis Karklins</i> .....	157

Gælder grundloven i Danmark? <i>Adjunkt, cand.jur., Ph.D., Pernille Boye Koch</i> .....	177
Kommunale elforsyningskoncessioner <i>Professor, cand.jur., Ph.D., Bent Ole Gram Mortensen</i> .....	190
Nogle bemærkninger i anledning af bekendtgørelsen for finansielle virksomheder - med henblik på pengeinstitutter <i>Professor, lic.jur., Hans Viggo Godsk Pedersen</i> <i>Lektor, cand.merc.jur., Ph.D. Nina Dietz Legind</i> .....	210
Moms ved byggearbejder med henblik på salg <i>Lektor, cand.merc.jur., Ph.D. Susanne Pedersen</i> <i>Ph.D.-stipendiat, cand.jur., Kaj Andersen Ramsløv</i> .....	231
Regulating human genetics in pluralist society - legal and ethical implications of stem cell research <i>Ph.D.-stipendiat, cand.jur., Malene Rowlandson, LL.M.</i> .....	254
Konkurrencepræget dialog - præsentation af en ny bestemmelse i udbudsreglerne <i>Professor, cand.merc.jur., Ph.D., Michael Steinicke</i> .....	273
WTO and direct taxation in Denmark <i>Ph.D.-stipendiat, cand.jur., Jeppe Rune Stokholm</i> .....	287
Kriminelle stofmisbrugere - spændingsfelt, sammenstød og måske synergi <i>Lektor, lic.jur., Anette Storgaard</i> .....	304
Nordisk fornuft eller romersk spidsfindighed? - tre ”studievejledninger” fra 1700-tallet <i>Lektor, jur. dr., Per Nilsén</i> .....	315

## FORORD

Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005 er nummer fire i rækken af publikationer, hvorved Juridisk Institut gennem en række artikler ønsker at give et indblik i nogle af de juridiske problemstillinger, som videnskabelige medarbejdere og Ph.D.-studerende ved instituttet aktuelt arbejder med.

Den første udgave af Juridiske emner ved Syddansk Universitet blev udgivet i 1999 og markerede påbegyndelsen af HA(jur.)- og cand.merc.jur.-studiet. Med nærværende udgave ønsker vi at markere to vigtige begivenheder. I sommeren 2004 erhvervede de første af vore egne studerende kandidatgraden cand.merc.jur., og den 1. september 2004 optog vi de første 108 studerende på den nye cand.jur.-uddannelse ved Syddansk Universitet.

Som følge af etableringen af jurauddannelsen er instituttets hidtidige forskning med fokus på erhvervsjuridiske problemstillinger blevet udvidet til at omfatte alle de fagområder, som er centrale for en jurauddannelse. Spændvidden og mangfoldigheden i artiklerne i Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2005 afspejler denne udvikling. Nærmere oplysninger om og en samlet beskrivelse af Juridisk Instituts forskningstemaer, undervisningsudbud mv. fremgår af hjemmesiden: [www.sam.sdu.dk](http://www.sam.sdu.dk).

Vi takker instituttets sekretær *Mariann Stougaard* for vanlig omhu og tålmodighed i forbindelse med opsætning og korrekturlæsning.

Materiale fremkommet efter 1. oktober 2004 er kun medtaget i begrænset omfang i bogen, som er redigeret af *Hans Viggo Godsk Pedersen*.

Juridisk Institut  
Syddansk Universitet  
Januar 2005

Nis Jul Clausen  
Instituttleder

Hans Viggo Godsk Pedersen  
Redaktør

# Skatteforvaltningsreform

af

*Ole Bjørn*

## **1. Indledning**

I 2. halvdel af november forventes regeringen at forelægge Folketinget et lovkompleks, der vil revolutionere den måde, som forvaltningen af direkte og indirekte skatter udøves på her i landet. Lovkomplekset betegner samtidig afslutningen på en mere end 100-årig epoke.

Siden vi fik permanente indkomst- og formueskatter i landet ved lov nr. 104 af 15. maj 1903 om indkomst- og formueskat til staten, har forvaltningen af de direkte skatter dels været et kommunalt anliggende, dels foregået i statsligt regi. Kompetencefordelingen mellem de kommunale og statslige myndigheder har ændret sig over årene. Medens primærligningen af personer og selvstændige erhvervsdrivende stedse har ligget i kommunalt regi, har forvaltningen af selskabernes skatteforhold i lange perioder været et statsligt anliggende. Fra 1978 - 1998 blev selskabsbeskatningen forvaltet i kommunalt regi. Grænsedragningen mellem statens og kommunernes indflydelse på forvaltningen af selskabernes skatteforhold har dog altid været præget af utydelighed, bortset fra den periode, hvor kompetencen udelukkende lå hos kommunerne. Før 1978, hvor selskabsbeskatningen lå i statsligt regi, var sekretariatsbistanden i ikke ubetydelig grad henlagt til kommunernes skatteforvaltning således, at det i hvert fald visse steder i landet mere var en formalitet end en realitet, at de statslige skatteråd lignede selskaberne. Siden 1998, hvor selskabsbeskatningen er et statsligt anliggende, er realiteten den, at mere end 80 % af selskaberne lignedes af kommunerne i henhold til kontraktlig aftale med de statslige myndigheder om at varetage ligningen af selskaber.

Derimod er forvaltningen af de indirekte skatter, dvs. merværdiafgift og de utallige afgifter, der i øvrigt opkræves her i landet, blevet varetaget af staten. Indtil fusionen mellem de statslige skattemyndigheder og de statslige told- og afgiftsmyndigheder i 1990 var det Tolddirektoratet og de regionale distrikts-

toldkamre, der varetog forvaltningen af merværdiafgiften og de øvrige afgifter.

På samme måde har administrationen af told stedse været et statsligt anliggende, der i dag varetages af de 8 toldcentre, der er en del af den regionale statslige told-, afgifts- og skatteforvaltning.

Denne særegne administrationsform har medført, at der har været et hav af aktører i relation til den samlede opgavevaretagelse. Hver kommune har haft sin skatteforvaltning. Et skatteankenævn har været oprettet til varetagelse af klager over personligningen og indtil 1998 også selskabsligningen i hver kommune. Det skal dog retfærdigvis siges, at antallet af kommunale samarbejdsaftaler og egentlige ligningscentre i det sidste par år væsentligt har reduceret antallet af skatteankenævn og kommunale skatteforvaltninger.

Det statslige forvaltningssystem har været regionalt orienteret i form af 30 told- og skatteregioner, hvoraf 8 regioner som ovenfor nævnt har varetaget toldopgaven. I det sidste par år er der dog sket en delvis koncentration af de regionale statslige myndigheder, der er delt i 8 områder med hver sin chef men med bibeholdelse af de hidtidige tjenestesteder. Der er således skabt en virtuel ledelsesstruktur, der næppe kan betegnes som nogen udpræget succes.

Ovenover dette system har Told- og Skattestyrelsen været den centrale myndighed, der har varetaget den overordnede styring, koordinering og planlægningsfunktion i forhold til de statslige myndigheder. Told- og Skattestyrelsen har dog samtidig i meget udpræget grad varetaget sagsbehandlingsopgaver, f. eks. som sekretariat for Ligningsrådet.

Ligningsrådet har sammen med Told- og Skattestyrelsen været den øverste myndighed vedrørende de direkte skatter, medens Ligningsrådet ikke har varetaget beføjelser i relation til afgifts- og toldforvaltningen.

Skatteministeriet har i de senere år i helt overvejende grad koncentreret sig om lovgivningsprocessen således, at der kun er uvæsentlige forvaltningsområder tilbage i skatteministeriet. Dette skal dog ikke fjerne opmærksomheden fra den kendsgerning, at skatteministeren er øverste chef for den samlede skatteadministration altså også for Told- og Skattestyrelsen. Realiteten er dog den, at medens skatteministeren (og skatteministeriet) ofte inddrages i mere generelt prægede vurderinger af lovfortolknings- og skatteadministrative spørgsmål, blander departementet og ministeren sig principielt ikke i, hvordan enkeltsager løses.

Sidste myndighed er Landsskatteretten, der i de senere år har fået tilført væsentlige opgaver. Således er Landsskatteretten nu klageinstans for de afgørelser, som regionerne og i særlige tilfælde Told- og Skattestyrelsen træffer vedrørende merværdiafgift og de øvrige afgifter. Landsskatterettens virke har

således i de seneste år været det eneste eksempel på den enhedsforvaltning, som nu snart ser dagens lys.

## **2. Lovkomplekset**

Hjørnestenen i det lovkompleks, som snart forelægges Folketinget, er forslag til lov om skatte- og ejendomsvurderingsforvaltning (skatteforvaltningsloven). Loven skal have virkning fra den 1. juli 2005, hvor skattestyrelsesloven ophæves.

Ændringerne i det regelsæt, som er indeholdt i skattestyrelsesloven, har været så omfattende, at det er anset for mest hensigtsmæssigt at etablere en helt ny lov. Skatteforvaltningsloven er samtidig en redaktionel gennemskrivning af de bestemmelser i skattestyrelsesloven, der stort set uændrede er overført til skatteforvaltningsloven.

Der er kun i begrænset omfang tale om materielle ændringer i de sagsbehandlingsregler m.v., der er en del af den hidtidige skattestyrelseslov og af den fremtidige skatteforvaltningslov. Hovedændringerne ligger på de organisatoriske ændringer.

Samtidig forelægges forslag til lov om ændring af en række love (ændringer som følge af lov om skatte- og ejendomsvurderingsforvaltning), (kommunalreform). Denne lov er i alt væsentligt af redaktionel karakter på den måde, at den tilpasser de øvrige skatte- og afgiftslove til det organisatoriske system, der introduceres i forslag til skatteforvaltningsloven.

Lovkomplekset kommer derudover til at bestå af et forslag til lov om opkrævning og inddrivning af visse fordringer. Til dette forslag knytter sig et forslag til lov om ændring af forskellige love (konsekvensændringer som følge af lov om opkrævning og inddrivelse af visse fordringer – samlingen af inddrivelsen i skatteministeriet). De to sidstnævnte forslag er i skrivende stund endnu ikke sendt i høring, idet inddrivelsessystemet ikke er færdigforhandlet politisk.

Hele lovkomplekset er en del af aftalen fra juni 2004 om en strukturreform, der blev indgået mellem regeringspartierne og Dansk Folkeparti. Lovkomplekset tilsigter således på skatteområdet at udmønte strukturreformen. Ændringerne vedrørende skatteadministrationen fremsættes således i Folketinget forud for de talrige love, der i øvrigt skal realisere strukturreformen. Lige som strukturreformen, som ovenfor nævnt, er gennemført uden støtte fra Socialdemokratiet, De radikale Venstre, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten, deltager disse partier heller ikke i aftalen vedrørende strukturreformen på skatteområdet. Det er dog opfattelsen, at i hvert fald flertallet af de partier, der står udenfor, støtter hovedlinjerne i den enhedsforvaltning, der nu foreslås gennemført.



### **3. Kritikken af det hidtidige system**

Allerede ved statsskatteloven af 1903 blev det dualistiske myndighedssystem knæsat, idet ligningen skete i samvirke mellem de kommunale ligningsmyndigheder og de statslige myndigheder, der ønskede at have en indsigt i og tilsyn med den måde, skatteopgaven blev varetaget på i kommunerne.

Medens det i en lang årrække var en simpel nødvendighed at lade kommunerne varetage størstedelen af ligningsopgaven vedrørende de direkte skatter, fordi der ikke eksisterede noget statsligt alternativ, har diskussionen omkring det hensigtsmæssige i et sådant dualistisk system, der indebærer en umådelig decentralisering af skatteopgaven, været genstand for heftig diskussion siden 2. Verdenskrig, hvor pengeombytningen viste, at borgernes ønske om at delagtiggøre skattemyndighederne i det samlede omfang af indtægterne var stærkt begrænset, ligesom det klart blev afsløret, at myndighedernes mulighed for reelt at kontrollere selvangivelserne havde været stærkt overvurderet. Realiteten i størstedelen af de 1375 kommuner, der indtil kommunalreformen i begyndelsen af 70-erne tegnede det kommunale landskab, var, at der ikke eksisterede en professionel forvaltning, og hvor denne var etableret i de lidt større kommuner, bestod den ofte kun af en enkelt eller ganske få medarbejdere. Kommunalreformen betød derfor professionalisering af skatteopgaven, der imidlertid ikke har afbødet den kritik af strukturen af skatteforvaltningen, som tilknytningen til den kommunale inddeling har indebåret. Væksten i forvaltningsopgavens kompleksitet, ikke mindst i kraft af en stigende internationalisering, har bidraget til at holde kritikken levende. Lidt forenklet sagt har de statslige myndigheder haft den opfattelse, at navnlig – men ikke udelukkende - de mindre kommuner varetog skatteopgaven på en klart utilstrækkelig måde således, at effektiviteten ville blive forøget, såfremt staten overtog den samlede skatteforvaltning. Omvendt har kommunerne stedse ønsket at bevare skatteopgaven som en kommunal forvaltningsopgave. Dette har formentlig i de senere år haft en nær sammenhæng med kommunernes overordnede ønske om ikke at blive forvaltningsmæssige serviceenheder, men være aktive på de egentlige myndighedsområder. Skatteforvaltningsopgaven har så at sige været en del af den kommunale selvforståelse. I de senere år har man – delvis tvunget af Ligningsrådets og Told- og Skattestyrelsens ligningsplanlægning – været tvunget til at effektivisere og prioritere den ligningsmæssige kontrol. De mange skattesamarbejder på tværs af kommunegrænsen vidner om forståelse for, at effektivisering af opgaven har været en nødvendighed.

At dette ikke har været tilstrækkeligt, vidner det lovkompleks, som nu forelægges Folketinget, om. Folketinget har i mange år indtaget en tøvende og afventende holdning overfor en samlet reform af organstrukturen på skatte-

området, formentlig i erkendelse af, at en sådan samlet og overordnet planlægning måtte knytte sig til en kommunal strukturreform.

Skal man – ultrakort – forsøge at sammenfatte kritikken af det hidtidige system, synes nedenstående betragtninger i hvert fald at have været centrale, om end de langt fra er udtømmende. En vedvarende kritik har været, at den decentrale og dualistiske struktur har været årsag til et personaleforbrug, der i hvert fald i fremtiden er uantageligt. Med de små årgange på arbejdsmarkedet og det stigende antal ældre, er det nærliggende at konkludere, at ”kolde hænder skal gøres varme” således, at samfundets ressourceallokering til service og pleje må få konsekvenser for personaleforbruget i bl.a. skatteforvaltningen og på andre myndighedsområder. Hertil kommer, at de første forsøg på benchmarking af de nordiske skattesystemer ret entydigt viser, at personaleforbruget i Danmark er klart større, end det er tilfældet i navnlig Sverige. Det bemærkes i den forbindelse, at dette både gælder den kommunale og den statslige skatteforvaltning. Medens staten har formået at reducere sit personaleforbrug ikke helt uvæsentligt, er der kun en beskedent nedadgående tendens i de kommunale skatteforvaltningers personaleforbrug, der 1. januar 2003 lægger beslag på 4793 årsværk mod 4950 årsværk pr. 1. januar 2000. En centralisering af skatteopgaven antages at være den afgørende forudsætning for at kunne rationalisere forvaltningen med et væsentligt lavere ressourceforbrug til følge.

De mange små forvaltninger på indkomstskatternes område har bevirket, at de faglige miljøer gennemgående har været meget små. Skatteopgavens stigende kompleksitet taget i betragtning, rummer det en række ulemper. Mange mindre skatteforvaltninger vil være ude af stand til at levere et fagligt forsvarligt arbejde, når der lejlighedsvis forekommer mere specielle problemer. Utilstrækkeligt faglige miljøer skaber i sig selv rekrutteringsvanskeligheder i en tid, hvor der kan forventes mangel på kvalificeret arbejdskraft.

Specielt fordi de internationale skatteretlige problemer spiller en langt større rolle i dag end for blot 25 år siden, har de mange små forvaltninger et afgørende handicap. Større og mere komplekse kontrolopgaver med internationale aspekter bliver hyppigere, men kan ikke fagligt forsvarligt varetages af småt bemandede forvaltningsenheder.

En meget væsentlig indvending har været, at det er uhensigtsmæssigt at have et statsligt kontrolapparat vedrørende moms og afgifter, medens skatteopgaven i overvejende grad varetages af kommunale skattemyndigheder. Der er et stigende behov for, at kontrollen går på tværs af skattearterne, og selv om et samvirke om en opgave mellem en regional told- og skattemyndighed og en kommunal er mulig, er opgaven vanskeliggjort, fordi en sådan tværgå-

ende kontrol skal indpasses i de arbejdsplaner, som er lagt uden hensyn til et sådant behov.

Den nuværende struktur gør det reelt umuligt at få den fornødne fleksibilitet i ressourcestyring og ressourceallokeringen. Told- og Skattestyrelsen kan vel råde over sine ressourcer på en sådan måde, at kontrolopgaven varetages mest hensigtsmæssigt. Det kommunale ressourceforbrug vedrørende de direkte skatter er imidlertid væsentligt større end statens tilsvarende forbrug. De statslige myndigheder har ingen mulighed for at styre kommunernes ressourceforbrug på anden måde end den, der sker i den generelle ligningsplanlægning. Et pludseligt opstået behov for at kunne sammensætte større enheder til varetagelse af særlige opgaver, kan derfor kun finde sted uden inddragelse af mere end knap halvdelen af de samlede ressourcer, der allokeres til skatteopgaven.

En samlet planlægning af forvaltningsopgaven, herunder etablering af en fælles kontrol og ligningsstrategi, er ikke mulig under det nuværende system. Der eksisterer ikke nogen myndighed i dag, der har beføjelse til at varetage den samlede styring af forvaltningsopgaven. Told- og Skattestyrelsen har planlægningsbeføjelsen vedrørende det statslige system, medens Ligningsrådet har overordnede styringsbeføjelser vedrørende personligningen, men uden at kunne blande sig i det kommunale ressourceforbrug, med mindre ligningsplanlægningens krav ikke overholdes af kommunerne. Der har derfor været et behov for en overordnet samlet styring af hele forvaltningsopgaven.

De tilsvarende behov for koncentration kan stadig iagttages på klageområdet, selv om Landsskatterettens opgave som øverste klageinstans som ovenfor nævnt er blevet væsentligt styrket i de senere år. Told- og Skattestyrelsen har således stadig betydelige klagebeføjelser, ligesom Ligningsrådet på en række områder fungerer som klageinstans. Denne sammenblanding af administrative opgaver og klagebeføjelser har været vanskelig at undgå i det nuværende decentrale system.

Den samlede vurdering af disse forhold har vanskeligt kunnet munde ud i en anden konklusion end, at en egentlig enhedsforvaltning er en forudsætning for løsningen af disse problemer.

#### **4. Den fremtidige ordning i hovedtræk**

Forslaget til skatteforvaltningsloven fastslår, at forvaltningen af lovgivningen om skatter og lovgivningen om vurdering af landets faste ejendomme udøves af staten, og at dette arbejde udføres af told- og skatteforvaltningen, medmindre andet er bestemt. Det gælder i princippet enhver form for skat således, som dette begreb anvendes i grundlovens § 43. Det er således ikke alene indkomstskat, herunder kommunale indkomstskatter, men også ejendomsværdi-

skatten, gaveafgiften, moms- og punktafgifter, told, arbejdsmarkedsbidrag, pensionsafkastbeskatningen og lign. retlige ydelser til det offentlige, der varetages af told- og skatteforvaltningen, med mindre særlige afgifter er henlagt til andre myndigheder. For eks. administreres retsafgiftsloven af justitsministeriet.

Hele forvaltningen etableres som en enhedsorganisation, der dog ikke kommer til at omfatte den såkaldte spillemyndighed. Forvaltningen ledes af en direktør, der står i spidsen for én landsdækkende forvaltningsmyndighed. Told- og Skattestyrelsen nedlægges som selvstændig myndighed, idet den er en del af enhedsforvaltningen. De planlægnings- og styringsmæssige opgaver, som har været kernen i Told- og Skattestyrelsens virksomhed, vil selvfølgelig også skulle varetages fremover. Det vil ske i told- og skatteforvaltningens hovedkontor, der vil få sæde i Told- og Skattestyrelsens hidtidige domicil.

De 583 skattemyndigheder, som man kunne tælle sig frem til, før sammenlægningerne i kommunalt regi begyndte, vil således blive afløst af én myndighed og et antal skatteankenævn. Af regeringen er det foreløbig besluttet, af skattecentre vil blive lokaliseret 30 forskellige steder i landet. Placeringen er naturligvis udslag af en ren politisk proces.

Hvor mange skatteankenævn, der skal oprettes, er endnu ikke formelt lagt fast, hvorimod det er politisk fastlagt, hvor de 15 skatteankenævnsekretariater skal placeres. Skatteankenævnenes antal og virkeområder vil blive fastlagt i en bekendtgørelse, når det kommunale landkort, som kommer ud af strukturreformen, ligger fast. Også det geografiske snit vedrørende de 30 skattecentre samt hvilke arbejdsopgaver, de enkelte skattecentre skal varetage, vil først kunne forventes besluttet, når kommunalreformen ligger fast.

Det ligger dog allerede nu klart, at realiteten i, at der foreligger én skattemyndighed, vil vise sig ved, at alle 30 skattecentre ikke skal varetage alle de opgaver, der knytter sig til det samlede forvaltningsområde. Der vil i betydelig udstrækning blive tale om, at mere specielle, herunder særligt komplicerede, arbejdsopgaver koncentrerer på væsentligt færre myndigheder. For eksempel vil man kunne forestille sig, at pensionsbeskatningen og fusionsskatteovens regler om fusion, tilførsel af aktiver, spaltning og aktieavancebeskatningslovens regler om aktieombytning vil blive udlagt på landsdelsniveau således, at der kan oprettes egentlige specialisterheder nogle få steder i landet. Denne dekoncentrerede opgavevaretagelse, som vi har kendt navnlig i de senere år, må således forventes at blive videreført i accelererende omfang.

En af kernepillerne i etablering af denne enhedsforvaltning består således i, at man fusionerer det statslige skatteforvaltningsapparat med de kommunale skatteforvaltninger. Selv om der er tale om en statslig overtagelse, sker dette

gennem en fusion, hvor det tilsigtes at behandle de statslige resp. kommunale myndigheder som ligeberettigede partnere i den vældige omstrukturingsproces, der indebærer, at de knap 5000 kommunalt ansatte i kommunale skatteforvaltninger overgår til ansættelse i staten. Lov om lønmodtagernes retsstilling ved virksomhedsoverdragelse skal finde tilsvarende anvendelse for de kommunalt ansatte, som ikke direkte er omfattede af virksomhedsoverdragelsesloven således, at de pågældendes ansættelsesvilkår skal videreføres uændrede med staten som ny part, ligesom det præciseres, at de overenskomstanatte m.v. som udgangspunkt er forpligtede til efter strukturreformen at opfylde arbejdsaftalen ved ansættelse i staten.

Der er således ikke tale om, at denne strukturreform i første omgang skal medføre afskedigelser udover de fratrædelser, der sker, fordi den pågældende ikke vil eller kan tage ansættelse i staten på de tjenestesteder, der fremover vil være aktuelle. Da hen ved en tredjedel af de personer, der er beskæftigede i den statslige og kommunale skatteforvaltning i dag, kan forventes at gå på pension i løbet af en 10-årig periode, er det således tanken, at rationaliseringsgevinsten, som til syvende og sidst er den afgørende faktor i forslagene, skal indhøstes løbende over de kommende år.

Et vist kommunalt islæt vil dog fortsat bestå. Det er hensigten, at der i alle kommuner skal være regionale servicecentre, der kan vejlede borgerne på tværs af de traditionelle forvaltningsområder således, at borgerne som udgangspunkt kun behøver at henvende sig ét sted. Kommunerne bliver så at sige borgernes indgangsportal til det samlede forvaltningsapparat, men på skatteområdet sker det ikke i form af myndighedsudøvelse, men udelukkende i form af hjælp og vejledning og information. Vejledning og information om gældende regler omfatter hele skatteområdet, men må navnlig forventes centreret omkring personbeskatningen, herunder dette forvaltningsområdes sammenhæng med for eksempel sociallovgivningen. I de kommunale servicecentre skal man også kunne få ændret sine forskudsopgørelser og få udskrevet skattekort. Disse centre vil kunne udlevere informationsmateriale og blanketter samt modtage selvangivelser og forskudsskemaer samt give vejledning i brugen af digitale løsninger. Kan servicecentret ikke løse borgerens problem, vil det videreformidle forespørgsler til den relevante myndighed.

Denne del af reformen forekommer ikke i øjeblikket at være særlig gennemtænkt. Det vides, at det samlede antal personlige telefoniske og digitale henvendelser til skatteforvaltningerne ligger på 6 – 7 millioner årlig. Hvad disse henvendelser går ud på, er der derimod en meget ringe viden om udover, at ca. 2 millioner får ændret deres forskudsregistrering. Om man overhovedet er i stand til effektivt at varetage en vejledningsfunktion vil afhænge af, om en stor del af de øvrige henvendelser vedrører helt banale spørgsmål,

eller dækker over ligningsmæssige problemstillinger, som servicecentre ikke vil have mulighed for at løse. Man kan næppe forestille sig, at kommunerne vil højprioritere skattemæssig assistance til borgerne, når kommunerne ikke længere varetager forvaltningsopgaven, og det personale, der har den fornødne uddannelsesmæssige baggrund, er overført til staten.

Man kan frygte, at reformens akilleshæl er her.

Ligningsrådet nedlægges, men erstattes af et skatteråd, som i et vist omfang bistår told- og skatteforvaltningen med forvaltningen af lovgivningen om skatter og vurdering af landets faste ejendomme. Skatterådet skal dog ikke varetage opgaver vedrørende lovgivning om told. Skatterådets opgave er nærmere omtalt nedenfor.

## **5. Ansættelsessystemet.**

Etablering af en samlet statslig enhedsforvaltning indebærer, at den kompetence, som hidtil har været delt mellem de kommunale skattemyndigheder, de statslige regionale enheder og den centrale statslige forvaltning som udgangspunkt samles i Told- og Skatteforvaltningen.

Dette gælder ikke alene ansættelsesvirksomheden, dvs. fastsættelse af den skattepligtige indkomst eller vedrørende de direkte skatter afgiftsgrundlaget, men også beregningen af skatter, afgifter og told. Myndigheden har ikke alene disse beføjelser, men har som udgangspunkt også de beføjelser til at meddele tilladelser, bevillinger og dispensationer som følger af særlig lovgivning. Også lidt mere særegne områder som dispositions- og selvangivelsesomgørelser bliver Told- og Skatteforvaltningens opgave. Enhedsforvaltningen vil dog ikke komme til at omfatte den del af spilleområdet, der i dag administreres af spillemyndigheden.

Som nævnt ovenfor organiseres denne enhedsforvaltning i et hovedkontor og 30 filialer. Udgangspunktet er, at alle filialer skal kunne servicere borgere og virksomheder om alle forhold. Som også nævnt ovenfor vil en række opgaver være af en sådan karakter, at administrationen af disse specielle områder vil blive forankret enten et sted eller hos nogle få filialer. Det nævnes i lovforslaget, at sager vedrørende internationale forhold og transfer pricing-problemer forventes henlagt til særligt udpegede filialer.

Organisering af den statslige forvaltning er et regeringsanliggende, som ikke kræver særlig lovgivning. Det vil derfor være muligt at opretholde serviceeringen af og kontrollen med de helt store virksomheder i en særlig enhed, der svarer til selskabsrevisionsafdelingen i Told- og Skattestyrelsen i dag. Også denne forvaltning, som forventes opretholdt, vil udgøre en del af den samlede enhedsforvaltning.

Oprettelsen af en sådan enhedsforvaltning indebærer bl.a. den praktiske konsekvens, at korrespondance mellem de forskellige enheder i relation til reglerne om aktindsigt, må anses for intern korrespondance, der ikke er omfattet af aktindsigten. Enhedsforvaltningen vil også omfatte vurdering af landets faste ejendomme således, at vurderingsmyndigheden overgår til enhedsforvaltningen.

Kompetencen til at give bindende ligningssvar og bindende forhåndsbesked overføres til den nye enhedsforvaltning, der således får kompetence til at give bindende svar. Den fremtidige lovgivning tager udgangspunkt i lovgivningen om bindende ligningssvar, for eksempel i gebyrmæssig henseende og i relation til reglerne om at give svar vedrørende allerede gennemførte dispositioner. Når hele ansættelses-virksomheden etableres i en statslig enhedsforvaltning, der har skatteministeren som øverste chef, selv om forvaltningen ledes af en direktør, ville det være nærliggende at fastslå, at skatteministeren har kompetence til at træffe afgørelser i alle de sagstyper, der er omfattede af enhedsforvaltningens kompetence. Lovforslaget skærmer imidlertid skatteministeren for den umådelige byrde, det ville være at kunne gøres ansvarlig for alle de afgørelser, som enhedsforvaltningen træffer. Det foreslås derfor lovfæstet, at skatteministeren ikke kan træffe afgørelse om en ansættelse af skat, herunder indirekte skatter, samt vurderinger af fast ejendom.

Med dette forslag forventes man at kunne bevare og udbygge borgerbetjeningen og sikre en helhedsorienteret sagsbehandling i de forvaltningsområder, hvor indseende med borgernes økonomiske forhold er et centralt led i beslutningsprocessen.

Man vil være i stand til at etablere en samlet service- og kontrolstrategi, der kan tilrettelægges ud fra en sammenhængende styring og prioritering af de ressourcer, der er til rådighed.

Det hidtidige princip fastholdes, således at Told- og Skatteforvaltningen ikke kan træffe afgørelser i sager, hvor Skatterådet, Landsskatteretten, et skatteankenævn eller et vurderingsankenævn har taget stilling til sagen.

## **6. Klagesystemet**

Medens der således er radikale ændringer på vej vedrørende ansættelsessystemet, bevares grundstrukturen i det hidtidige klagesystem, dog således, at Landsskatterettens rolle yderligere styrkes. På de områder, hvor Told- og Skattestyrelsen er klageinstans for regionale afgørelser samt de sagstyper, hvor Ligningsrådet er klageinstans for underliggende myndigheders afgørelse, er udgangspunktet, at disse i alt ca. 1500 sager overføres til Landsskatteretten, der får yderligere 2 retsmedlemmer. Skatteministeren bemyndiges dog til undtagelsesvis at henlægge afgørelser af klager i visse sagstyper til afgø-

relser i en særlig enhed i Told- og Skatteforvaltningen. Denne bemyndigelse kan forventes udnyttet i tilfælde, hvor Landsskatteretten vil være et uegnet organ, enten på grund af sagens bagatelagtige karakter eller fordi, afgørelsen skal falde hurtigt, for eksempel klager over aktindsigt.

Det er som hidtil borgere og virksomheder, der kan klage til Landsskatteretten. Der gøres dog én undtagelse, idet ministeren bemyndiges til at indbringe Skatterådets afgørelser for Landsskatteretten, når disse afgørelser indeholder en stillingtagen til EU-retlige forhold. Denne undtagelse fra den almindelige regel er begrundet i, at Landsskatteretten – men ikke Skatterådet – forventes at kunne indhente en præliminær udtalelse om det spørgsmål, der er genstand for sagen, fra EF-domstolen. Sådanne sager vil rumme omkostningsgodtgørelse.

De nuværende 15 vurderingsankenævn opretholdes. Skatteministeren udnævner medlemmerne af vurderingsankenævnet efter indstilling fra de kommunalbestyrelser, der findes i nævnskredsen. Funktionsperioden vil fortsat være 4 år.

På personskatteområdet har man valgt at opretholde skatteankenævnene, hvis antal dog vil blive tilpasset antallet af ligningscentre. Det tyder på, at tanken er at danne et skatteankenævn i hvert af de 30 ligningscentre, der er truffet beslutning om. Kompetencen til at udnævne nævnsmedlemmerne og vurderingsankenævnenes antal er henlagt til ministeren således, at der løbende kan finde en tilpasning sted.

Det synes vanskeligt at få øje på andet end en politisk begrundelse for at opretholde et særligt treinstanssystem på personbeskatningsområdet, hvorimod den direkte klageadgang til Landsskatteretten over den nye enhedsforvaltnings afgørelser opretholdes på selskabsbeskatningsområdet og vedrørende de indirekte skatter.

Skatteankenævnenes kompetence fastholdes stort set uændret, dog overgår behandlingen af klagesager vedrørende personer i relation til bindende svar til skatteankenævnene således, at deres kompetence på denne måde udvides. Kompetencen til at træffe afgørelse i sager vedrørende gaveafgift overgår ligeledes til skatteankenævnene.

En imødekommelse af synspunktet om, at et treinstanssystem på personskatteområdet er en anomali, ses dog i lovforslaget, der bestemmer, at afgørelser, som kan påklages til skatteankenævnet, efter klagerens valg i stedet for kan påklages direkte til Landsskatteretten. Om overspringelse af skatteankenævnene også kan besluttes på et senere tidspunkt, synes ikke ganske afklaret ved forslaget. Det synes endog meget vanskeligt at spå om i hvilken udstrækning, denne fremgangsmåde vil blive benyttet. Formentlig vil mange satse på at spare klageafgiften, at sikre sig et ekstra skud i bøssen og muligvis også fo-



retrække skatteankenævnene som følge af, at fortolkningsstilen i visse sager måske er noget friere end, hvad der kan forventes i Landsskatteretten.

## **7. Sagsbehandlingsreglerne**

Som udgangspunkt har det ikke været formålet i særlig grad at ændre på de gældende sagsbehandlingsregler, der findes i skattestyrelsesloven, som på dette punkt supplerer forvaltningslovens almindelige sagsbehandlingsregler. Reglerne er dog tilpassede den nye enhedsforvaltning. Herudover er der i hvert fald gjort et forsøg på som et led heri at fjerne forskelle, der ikke – eller i hvert fald ikke længere – kan anses for sagligt begrundede. Forslag til ændringer, der alene er tilpasninger, findes i reglerne om speciel inhabilitet og reglerne om indbyrdes kompetence. Ingen kan således samtidig være medlem af et skatteankenævn, vurderingsankenævn, Landsskatteretten og Skatterådet. Ansatte i Told- og Skatteforvaltningen kan ikke være medlemmer af skatteankenævn, vurderingsankenævn og Landsskatteretten. Udover lovfæstelse af, at skatteministeren ikke kan træffe afgørelse om ansættelse af skatter og vurdering af fast ejendom, foreslås det, at Told- og Skatteforvaltningen ikke skal kunne træffe afgørelse i en sag i det omfang, Skatterådet, Landsskatteretten, et skatteankenævn og vurderingsankenævn har taget stilling til sagen. Skatterådet har ingen kompetence i det omfang, Landsskatteretten har taget stilling til sagen.

Reglerne om bindende ligningssvar er som tidligere nævnt tilpassede med udgangspunkt i de regler, der er gældende for bindende ligningssvar.

Reglerne om udarbejdelse af sagsfremstillinger er harmoniserede og lovfæstede. Sagsfremstilling skal nu udarbejdes og sendes i høring af Told- og Skatteforvaltningen forinden, afgørelse træffes. Dette gælder dog ikke de afgørelser, der kan påklages til skatteankenævn eller vurderingsankenævn, ligesom afgørelser, hvor Landsskatterettens præsident har truffet bestemmelse om, at afgørelse kan træffes uden deltagelse af retsmedlemmer, dvs. enkelte, mere administrativt prægede sager, kan træffes uden udarbejdelse af sagsfremstilling. Sagsfremstilling vil således navnlig skulle udarbejdes i sager vedrørende selskabsligning samt told og afgifter.

Reglerne om agterskrivelser, som har været gældende i indkomstansættelsessystemet, foreslås her udvidede til også at gælde gaveafgift og ejendoms-vurdering. Reglerne om høring i overensstemmelse med forvaltningslovens regler er uændrede på afgiftsområdet.

Ligningsfristerne fastsættes generelt til 3 måneder, hvilket navnlig indebærer en udvidelse på 2 måneder for de fleste sager vedrørende skatteankenævnsbehandling.

## 8. Skatterådet

Som ovenfor nævnt ophæves Ligningsrådet og afløses af Skatterådet, der afgør sager, som Told- og Skatteforvaltningen forelægger Rådet til afgørelse. Skatterådets opgave er således at bistå Told- og Skatteforvaltningen ved forvaltningen af lov om vurdering af landets faste ejendom og lovgivning om skatter, dog bortset fra lovgivning om told. Skatterådets kompetence udvides således til at omfatte merværdiafgiften og andre afgifter. Omvendt sker der den væsentlige indskrænkning i Skatterådets virke i forhold til Ligningsrådets opgave, at Skatterådet kun skal tage stilling til de sager, der forelægges som et resultat af ønske i enhedsforvaltningen om at henskyde kompetencen til Rådet, der i så fald naturligvis skal iagttage gældende sagsbehandlingsregler, ligesom borgeren eller virksomheden skal underrettes om kompetenceskiftet. Skatterådet overtager som udgangspunkt Ligningsrådets kompetencer, hvor disse er fastlagt ved lov, men realiteten er, at der kun vil være relativt ubetydelige områder tilbage.

Ligningsrådets vigtigste arbejdsopgave overhovedet er at deltage i ligningsplanlægningen og fastsætte regler herfor, hvilket tilsvarende gælder på vurderingsområdet. Denne kompetence overføres ikke til Skatterådet.

Ligningsrådet har haft kompetence til at udstede anvisninger for ligningen, der er bindende for alle underordnede myndigheder. Denne anvisningsret forsvinder ligeledes.

Et betydningsfuldt område har været tilsynsvirksomhed, der har omfattet kommunale ligningsmyndigheder og vurderingsankenævnene. Disse tilsynsopgaver fjernes ligeledes fra Skatterådet.

Ligningsrådet har på en række sagstyper været klageinstans overfor navnlig de kommunale skattemyndigheders afgørelser. Denne klagebeføjelse forsvinder også ud af Skatterådets regi.

Ligningsrådet har haft den principielle kompetence vedrørende de administrative skattestraffesager. Selv om Ligningsrådet i betydelig udstrækning har uddelegeret afgørelserne i enkeltsager, navnlig til regionerne, har Rådet dog fastholdt kompetencen til at fastsætte generelle retningslinier for behandling af disse sager. Denne kompetence overføres heller ikke til Skatterådet.

Ligningsrådet har hidtil truffet mellem 250 og 500 afgørelser årligt i sager om bindende forhåndsbesked. Som tidligere nævnt er kompetencen til at give bindende svar overgået til enhedsforvaltningen. Skatterådet vil således nu alene få forelagt de sager, som enhedsforvaltningen ønsker at henskyde til Rådets afgørelse.

I lovforslaget nævnes det, at Rådets formand og enhedsforvaltningens chef kan aftale retningslinier for, hvilke sager, der skal forelægges Rådet. Som eksempler nævnes sager, der involverer betydelige økonomiske interesser samt

principielle sager, der involverer flere eller måske mange skatteydere. Endelig kan henskydes sager, som det af særlige grunde findes hensigtsmæssigt at henskyde til Rådet. Det gælder for eksempel sager, der har offentlighedens bevågenhed.

Om denne ordning er en god idé, må anses for endog meget tvivlsomt. At have et organ på det niveau, med repræsentanter for Folketinget, de kommunale organisationer og erhvervsorganisationerne, hvis kompetence stort set er afledt af et embedsmandsapparatet, vil jeg vurdere som en overordentlig sårbar konstruktion, som det kan være tvivlsomt, om Folketinget vil lade passere. Forslaget må vurderes som et forlig mellem de kræfter i Told- og Skattestyrelsen, som gerne har set Ligningsrådets vinger stækkede eller Rådet helt aflivet, og de kræfter, der kritisk har vurderet, at dette vil være en provokation i forhold til det politiske system, som ikke havde seriøse fremtidsudsigter.

Går forslaget igennem, er jeg imidlertid ikke i tvivl om, at dette vil være de første linier i den svanesang, der til sidst vil afslutte også Skatterådets virke. Vi er med dette forslag stærkt på vej til embedsmandssystemets definitive overtagelse af skatteforvaltningen, dog således, at Landsskatterettens retsmedlemssystem består uanfægtet heraf.

## **9. Afslutning**

Når forslaget er vedtaget med ikrafttræden 1. juli 2005, er der ingen tvivl om, at denne reform i den fremtidige skatteretshistorie vil blive vurderet på linie med kildeskattereformen i 1970.

Jeg tror heller ikke, der er tvivl om, at hovedsigtet er rigtigt. Tiden er løbet fra en dualistisk model, hvor kompetencen er delt mellem kommunale og statslige myndigheder. Skatteforvaltning er ikke en kommunal opgave ganske enkelt fordi, den lokale indflydelse er – og skal være – uden betydning for gennemførelse af forvaltningsopgaven. At det har været meningsfyldt i en tid, hvor store dele af ansættelsen af de erhvervsdrivende fandt sted ved skønsmæssige ansættelser, hvor lokalkendskabet var betydningsfuldt, er i dag ikke nogen begrundelse for at opretholde en kommunal indflydelse. Med udviklingen i de digitale muligheder synes en lokal forankring at være mindre nødvendig end før, specielt fordi arbejdet i de kommende år med rationaliseringsforanstaltninger utvivlsomt vil indebære, at man fjerner de områder, hvor trækket på myndighederne er størst. Forskudsregistreringen er et oplagt eksempel.

Alligevel vil jeg nævne servicedelen af skattesystemet som en af de to hovedsvagheder i forslaget. Som nævnt ovenfor er det reelt uigennemsigtigt hvilken rolle, de kommunale servicecentre kan komme til at spille på skatteområdet. Jeg tror, at denne del vil vise sig på sigt at være en fiasko, fordi man

ikke kan adskille service fra ligning i et meget stort antal af de henvendelser, der i dag gøres til de forskellige skattemyndigheder.

For det andet synes organisering af Skatterådet at være en svaghed. Jeg ville personligt være tilhænger af den rene vare. Enten afskaffer man reelt Ligningsrådet og undlader at lade det afløse af en vingskudt fugl, der flakser rundt i åbenbaringen, eller man opretholder et organ, der reelt udgør et modspil til embedsmandsforvaltningen.

# Værdipapirhandel – en ejendoms- og panteretlig udfordring?

af

*Nis Jul Clausen*

## 1. Indledning

Den danske ejendoms- og panteretlige regulering og den hertil knyttede retspraksis har over tid vist sig tilstrækkelig fleksibel til at kunne imødekomme erhvervslivets behov for at etablere blandt andet sikkerhedsarrangementer for forskellige former for finansiering.

Som eksempel kan nævnes konsignation, hvor en sælger med et aftalt ejendomsforbehold under visse betingelser kan bevare ejendomsretten til det solgte, selvom det er aftalt, at forhandleren har ret til videresalg. Betingelserne, for at sælgeren bevarer ejendomsretten til det solgte i forhold til en forhandlers kreditorer indtil videresalg sker, er fastlagt i retspraksis.<sup>1</sup>

Et andet eksempel er factoring og finansiering via selskabsopsplitning, hvor man ud fra ønsket om at etablere et let og omkostningsbesparende finansierings- og sikkerhedsarrangement vedrørende en virksomheds fakturaforordringer og andre omsætningsaktiver har kombineret forskellige traditionelle retlige instrumenter. Også disse arrangementer er under visse betingelser blevet opretholdt i retspraksis.<sup>2</sup>

Der findes også eksempler på, at der under hensyn til udviklingen er sket en ændring i retspraksis. Med dommene U 1979.300 H og U 1979.357 H blev det i modsætning U 1961.66 H fastslået, at underretning vedrørende en sekundær pantsætning af entreprisen af afgivet alene til den primære pantehaver var tilstrækkelig til at opnå beskyttelse over for hovedentreprenørens kreditorer, jf. gældslovens § 31, stk. 1. Højesteret lagde vægt på,

<sup>1</sup> Nærmere om konsignation, se eksempelvis *Peter Mortensen*, Indledning til tingsretten – tredjemandskonflikter vedrørende løsøre (2002) s. 286 ff. med henvisninger til yderligere litteratur.

<sup>2</sup> Nærmere om factoring og finansiering via selskabsopsplitning, se eksempelvis *Nis Jul Clausen*, Sikkerhed i fordringer 4. udg. (2003) s. 97 ff. og *Lars Hedegaard Kristensen*, Studier i erhvervsfinansieringsret (2003) s. 141 ff. med yderligere henvisninger.

at man ved underretningen til primærpanthaver effektivt havde afskåret hovedentreprenøren fra at råde over entreprisesummen. I kommentaren til dommen<sup>3</sup> anføres det blandt andet: »Højesteret har ikke under behandlingen af de to sager anset U 1961.66 H som præjudicerende, og der er efter den udvikling, som retspraksis gradvist har gennemgået, i hvert i fald ikke længere grundlag for at tillægge den retningsgivende betydning. Ved præmisserne har det været tilsigtet at forenkle og klargøre retsstillingen, så det i fremtiden skulle være unødvendigt at fortabe sig i de mange detailspørgsmål, der har præget de refererede sager. Det må imidlertid fremhæves, at den fastslåede regel alene angår undertransporter i entrepriseforhold, og at den er motiveret med byggebranchens særlige forhold.«<sup>4</sup>

Også i forbindelse med pantsætning af goodwill er der i retspraksis blevet henvist til behovet for i praksis at kunne anvende dette aktiv som grundlag for finansiering og sikkerhed, se således U 1993.392 H, hvor Højesteret henviste til det i dissensen i landsretsdommen anførte: »En virksomheds goodwill er et i det praktiske erhvervsliv anvendt kreditgrundlag og pantobjekt. Goodwill må som udgangspunkt anses for et frit omsætteligt formuegode, og i hvert fald, når der er tale om en virksomhed af den foreliggende karakter, findes kreditorer at kunne aftale særskilt pantesikkerhed i goodwill samt at kunne søge deres ret sikret ved tinglysning efter reglerne om underpant i løsøre. Den omstændighed, at panthaveren ikke kan sætte den pågældende goodwill på tvangsaktion, findes ikke at berøve den tinglige ret enhver betydning. Da den i det foreliggende pantebrev angivne goodwill endvidere må anses for tilstrækkeligt specificeret...«<sup>5</sup>

Men inden for de senere årtier er der i stigende grad blevet sat spørgsmålstegn ved, om de almindelige ejendoms- og panteretlige regler fuldt ud og på alle områder er tilstrækkelige og egnede til at imødekomme erhvervslivets behov, eller om der i stedet skal indføres særlige og specielle regler på området. Problemstillingen har især, men ikke udelukkende<sup>6</sup>, været aktuel inden for det finansielle område, hvor blandt andet den stærkt forøgede na-

<sup>3</sup> Jf. *Torben Jensen*, UfR 1979 B.217.

<sup>4</sup> Trods slutbemærkningen er tilsvarende retsstilling gældende med hensyn til sekundær transport i forbindelse med factoring, jf. U 1980.261 Ø. Se i øvrigt nærmere eksempelvis *Nis Jul Clausen*, *Sikkerhed i fordringer* 4. udg. (2003) s. 85 ff. og *Lars Hedegaard Kristensen*, *Studier i erhvervsfinansieringsret* (2003) s. 77 ff. med yderligere henvisninger.

<sup>5</sup> Om pant i goodwill, se nærmere eksempelvis *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff*, *Kreditretten* 3. udg. (2000) s. 333 ff. med yderligere henvisninger.

<sup>6</sup> Der pågår pt. overvejelser om, hvorvidt der skal indføres særlige regler om virksomhedspant. Se herom notat om virksomhedspant afgivet af Konkurrencerådet den 7. april 2003, *Lars Hedegaard Kristensen*, *Studier i erhvervsfinansieringsret* (2003) s. 471 ff. med yderligere henvisninger samt tillige *Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen*, UfR 2003 B.233 ff., *Lasse Højlund Christensen* i *Lennart Lynge Andersen (red.) Kreditrettens udvikling* (2003) s. 63 ff. samt *Birgitte Jørgensen* UfR 2003 B.331 ff.

tionale og internationale handel med værdipapirer har givet anledning til overvejelser om de eksisterende, alment gældende reglers tilstrækkelighed.

Nogle af de nye danske særlige formueretlige regler inden for det finansielle område skyldes krav fra EU. Det er eksempelvis tilfældet med reglerne i værdipapirhandelslovens kapitel 18 og 18 a ( §§ 57-58 m), hvorved der er sket en implementering af EU's finalitydirektiv (98/26/EF) og collateral-direktiv (2002/477/EF). Med reglerne heri om netting er der gennemført ændringer i forhold til det, som følger af de almindelige regler om modregning samt konkurslovens § 70 om omstødelse for ikke samtidig stiftet gæld.

I det følgende vil der blive foretaget en nærmere analyse af en række af de nye regler af ejendoms- og panteretlig betydning, som er blevet gennemført inden for det værdipapirhandelsretlige område. Analysen er begrænset til den særlige regulering, der er indført vedrørende dematerialiserede værdipapirer – fondsaktiver (2.1), betalingsforbehold (2.2), panteret for afviklingskreditter (2.3) samt samledepoter (2.4).

## **2. Værdipapirhandelsretlige nyskabelser**

### *2.1 Dematerialiserede værdipapirer – fondsaktiver*

Reglerne om fondsaktiver, det vil sige omsættelige dematerialiserede værdipapirer med elektronisk registrering af udstedelse og omsætning gennem en værdipapircentral,<sup>7</sup> blev indført i forbindelse med lov om en værdipapircentral i 1980. Reglerne omfattede oprindeligt kun obligationer, men blev i forbindelse med børsreform I i 1985/86 udvidet til også at omfatte aktier. Baggrunden for afskaffelsen af – børsnoterede – obligationer og aktier i papirform var, at det som følge af den betydelige og hurtige omsætning af disse aktiver ikke længere var muligt endsige betryggende at anvende en fysisk overdragelse i forbindelse rettighedserhvervelse over disse aktiver.<sup>8</sup> Med indførelsen af dematerialiserede aktier og obligationer og registrering af rettigheder herover i værdipapircentralen i midten af 1980'erne gennemførtes der i Danmark en regulering, som også i et internationalt perspektiv var attraktiv og konkurrencedygtig.

En retlig konsekvens af afskaffelse af det fysiske dokument er, at fondsaktiver ikke længere er gældsbreve og derfor ej heller omfattet af gældsbrevslovens regler om negotiable gældsbreve. Det er dog åbenbart, at de særlige negotiabilitetsvirkninger, som gældsbrevslovens kapitel II indeholder, og som er begrundet i hensynet til at fremme og betrygge omsætningen, også må gælde for fondsaktiver. Reglerne om retsvirkningerne i forbindelse med udstedelse og omsætning af fondsaktiver, som nu findes i værdipapir-

<sup>7</sup> Jf. værdipapirhandelslovens § 59, stk. 2.

<sup>8</sup> Se nærmere betænkning nr. 793/1977 om det obligations- og aktieløse samfund, betænkning nr. 948/1982 om gennemførelse af lov nr. 179 af 14. maj 1980 om en værdipapircentral samt *Christen Boye Jacobsen, Lov om en værdipapircentral (1983) s. 21 ff.*

handelslovens kapitel 22 §§ 66-75, svarer da også i det væsentligste til gældslovens regler om negotiable gældsbreve og er baseret på gældslovens kapitel II og tinglysningslovens regler om sikring af rettigheder over fast ejendom. Værdipapirhandelslovens § 70 angiver eksempelvis, at gældslovens §§ 15-18 finder tilsvarende anvendelse over for skyldneren ifølge fondsaktiver, som svarer til omsættelige gældsbreve, dog således at den endelige registrering i en værdipapircentral træder i stedet for ihænde-havelse af gældsbrevet. På tilsvarende vis svarer værdipapirhandelslovens § 66 og § 69 i det væsentligste til tinglysningslovens henholdsvis § 1 og § 27.

På enkelte punkter er reglerne dog forskellige. Mens tidspunktet for opnåelse af omsætnings- og kreditorbeskyttelse efter tinglysningslovens § 25, stk. 1, 2. pkt. regnes fra den dag, hvor dokumentet anmeldes til tinglysning, opnås beskyttelse i forbindelse med registrering af rettigheder over fondsaktiver fra tidspunktet, det vil sige dato og klokkeslæt, for den endelige prøvelse af registreringen i værdipapircentralen, jf. værdipapirhandelslovens § 66, stk. 3. Den tidsmæssige forskydning af retsvirkningstidspunktet fra anmeldelsen af registreringen til det kontoførende institut til den endelige prøvelse i værdipapircentralen er dog ikke til væsentlig gene for en hurtig omsætning af fondsaktiver, blandt andet fordi de kontoførende institutter er forpligtet til uden ophold at indrapportere de modtagne anmeldelser til registrering i værdipapircentralen, jf. værdipapirhandelslovens § 66, stk. 4.<sup>9</sup>

En anden og væsentlig forskel mellem tinglysningssystemet og registreringssystemet vedrørende fondsaktiver er, at der ikke i forbindelse med registrering af aftaler om pantsætning, udlæg eller arrest kan registreres oplysninger om de pantsikrede fordringers størrelse og prioritet, jf. registreringsbekendtgørelsens § 31, stk. 1, 2. pkt.<sup>10</sup> En del af ulemperne herved afhjælpes dog gennem den ændringsmeddelelse, som i forbindelse med pantsætninger blandt andet udsendes til anmelderen. Er der tidligere registreret begrænsede rettigheder over de pågældende fondsaktiver, vil dette fremgå af ændringsmeddelelsen.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Oprindeligt svarede retsvirkningstidspunktet til tinglysningsloven, idet det afgørende tidspunkt var anmeldelsen til det kontoførende institut. Nærmere om begrundelse for ændringen, se Betænkning nr. 1290/1995 Børsreform II, bind 2 s. 120 ff.

<sup>10</sup> Jf. bekendtgørelse nr. 1146 af 15. december 2003 om registrering m.v. af fondsaktiver i en værdipapircentral.

<sup>11</sup> Nærmere om problemstillingen, se *Nis Jul Clausen, Sikkerhed i fordringer* 4. udg. (2003) s. 132 ff samt *Henrik Bo Gram og Bent Mebus, Værdipapircentralen – En håndbog* (1984) s. 61 ff, vedrørende den tilsvarende problemstilling under værdipapircentralloven.



## 2.2 Betalingsforbehold

I forbindelse med handel med værdipapirer er det således, at der går en vis tid fra aftalen om salg indgås, til der sker en endelig udveksling af parternes ydelser. Hvornår udvekslingen af ydelserne, betegnet afviklingen af værdipapirhandlen, skal ske, kan være udtrykkeligt aftalt mellem køber og sælger eller følge af standardbetingelser for bestemte typer af handler.<sup>12</sup> Efter dansk ret er der kutyme for, at afviklingen af værdipapirhandlen sker på tredjedagen for handelsaftalens indgåelse.<sup>13</sup>

Da der i afviklingsperioden ikke nødvendigvis sker en samtidig udveksling af parternes ydelser, hvilket ellers er det obligationsretlige udgangspunkt, kan der være behov for, at en sælger af værdipapirer, indtil køberens betaling er overført til sælger, forbeholder sig ejendomsretten til de solgte værdipapirer. Dette er sikret gennem en udtrykkelig bestemmelse i værdipapirhandelslovens § 72, stk. 1 om betalingsforbehold. Såfremt sælgeren af et værdipapir er et kontoførende institut, kan registreringen af det solgte værdipapir på køberens konto gøres betinget af, at købesummen betales inden en vis frist. Der er tale om et tidsmæssigt begrænset og betinget ejendomsforbehold - sikkerhedsret, idet betalingsforbeholdet bortfalder automatisk, såfremt sælger ikke har gjort sin ret gældende inden kl. 17.30 på dagen efter afviklingsdagen.<sup>14</sup>

Da der er tale om et ejendomsforbehold, kan bestemmelsen alene bruges med de begrænsninger, som generelt gælder for denne form for sikkerhedsret. Betalingsforbeholdet kan således kun anvendes til fordel for en sælger af værdipapirer, og efter bestemmelsens ordlyd alene, når sælgeren er et kontoførende institut. Andre sælgere er ikke omfattet, og bestemmelsen er ikke anvendelig i forbindelse med lånefinansiering generelt. Desuden indebærer registreringen af et betalingsforbehold, at køberen kan være afskåret fra at videresælge de købte fondsaktiver, idet køberen, indtil betalingsforbeholdet er bortfaldet, ikke er i stand til at overføre de berørte fondsaktiver til en ny køber.

Disse traditionelle begrænsninger i mulighederne for at anvende betalingsforbehold/ejendomsforbehold har betydet, at denne form for sikkerhedsret ikke er tilstrækkelig til at tilgodese behovet for at kunne etablere en betryggende og fleksibel sikkerhedsret i forbindelse med handel med værdipapirer. Derfor er der specifikt for handel med fondsaktiver blevet indført

<sup>12</sup> For handel med værdipapirer noteret på Københavns Fondsbørs og de øvrige NOREX-børser med undtagelse af Islands Fondsbørs skal afviklingen ske på tredjedagen for handelsaftalens indgåelse, jf. NOREX Member Rules, version 1.3 – marts 2004 pkt. 5.8.1.

<sup>13</sup> Jf. U 2000.291 H.

<sup>14</sup> Jf. bekendtgørelse nr. 1032 af 5. december 1996 om tidsfrister for at gøre retten til automatisk pant og betalingsforbehold gældende m.v. § 2.

særlige regler om panteret i forbindelse med afviklingskreditter i værdipapirhandelslovens §§ 55 og 56.

### 2.3 Panteret for afviklingskreditter

Værdipapirhandelslovens §§ 55 og 56 indeholder regler om etablering af særlige panterettigheder for afviklingskreditter, det vil sige den långivning, som clearingcentraler og clearingdeltagere måtte yde i umiddelbar forbindelse med afviklingen af værdipapirtransaktioner gennem en clearingcentral.<sup>15</sup> Med disse regler har man ønsket at mindske den økonomiske risiko, som clearingcentraler og clearingdeltagerne kan blive udsat for i forbindelse med clearing og afvikling af værdipapirhandlert, herunder som følge af at clearingcentraler efter værdipapirhandelslovens § 53, stk. 1 kan indtræde som part i værdipapirtransaktioner og yder lån i forbindelse hermed. Reglerne skal herudover sikre en fleksibel, simpel og billig ordning for sikkerhedsstillelse, hvilket blandt andet den elektroniske registrering muliggør.

Reglerne i §§ 55 og 56 gælder kun for panteret i fondsaktiver, og som udgangspunkt kun for afviklingen af værdipapirtransaktioner og betalinger i en clearingcentral, det vil sige i et lukket system.<sup>16</sup> Værdipapirhandelslovens § 55, stk. 1-4 foreskriver, hvorledes en panteret kan aftales – aftalt automatisk panteret, mens stk. 5 fastlægger en lovbestemt panteret.

#### 2.3.1. Aftalt automatisk panteret

I en låneaftale mellem en clearingcentral eller en clearingdeltager og en låntager kan det forud bestemmes, at de af låntagerens fondsaktiver, som opbevares i et eller flere af låntageren angivne depoter i værdipapircentralen, skal tjene til pant for indfrielse af lån, som måtte blive ydet i forbindelse med senere afvikling af værdipapirhandlert eller betalinger i clearingcentralen, jf. værdipapirhandelslovens § 55, stk. 1. Selve aftalen om stiftelse af panteretten skal registreres i værdipapircentralen, jf. § 55, stk. 4, 1. led. Men

<sup>15</sup> Generelt om værdipapirhandelslovens regler om clearing og afvikling, se *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten 2. udg. (2003) s. 121 ff., *Peer Schaumburg-Müller og Erik Bruun Hansen*, Dansk Børsret – Værdipapirmarkedsret, 2. udg. (1996) s. 87 ff. og 117 ff., *Erik Werlauff*, Børs- og kapitalmarkedsret (2000) s. 59 ff. og 129, *Peer Schaumburg-Müller*, Dansk Børsret 2. del Værdipapirhandelsretten (2003) s. 142 ff. samt *Jesper Lau Hansen*, Værdipapirhandelsloven med komparativ, bind 2 (2004) s. 349 ff. Specielt om VP-afviklingen og Sum clearing, se tillige *Niels C. Andersen* i *Lennart Lyngé Andersen* (red.) Erhvervskreditretlige emner (2004) s. 9 ff.

<sup>16</sup> Reglerne gælder tillige for registrerede betalingssystemer, som defineret i værdipapirhandelslovens § 7a og for den værdipapirclearingsaktivitet eller de betalingssystemer, som drives af Danmarks Nationalbank, jf. værdipapirhandelslovens § 55, stk. 2 og 3. Den clearing og afvikling, som pengeinstitutter og realkreditinstitutter udfører i medfør af lov om finansiel virksomhed, er derimod ikke omfattet af bestemmelserne.

indgåelse af panteretsaftalen og registrering heraf i værdipapircentralen sikrer ikke långivers ret til de fondsaktiver, som til enhver tid måtte være på kontoen. Registrering af panteretsaftalen indebærer alene reservation af ret til senere og på egen hånd (automatisk) at registrere en panteret og dermed opnå en beskyttet ret til kontoens fondsaktiver.

Bliver der i forbindelse med afviklingen af de enkelte handler eller betalinger, som foretages på et senere tidspunkt, behov for at yde lån mod sikkerhed, kan den långivende clearingcentral eller clearingdeltager i umiddelbar tilknytning til afviklingen og på egen hånd anmelde panteretten over for værdipapircentralen med henblik på registrering i de fondsaktiver, som er i depotet. Først ved denne registrering opnår panteretten omsætnings- og kreditorbeskyttelse, jf. § 55, stk. 4, 2. pkt.

Såfremt tredjemand i perioden mellem selve panteretsaftalens registrering efter § 55, stk. 4, 1. pkt. og långivers registrering af sin panteret efter 2. pkt. i forbindelse med de enkelte transaktioner har fået registreret rettigheder over de fondsaktiver, som er i depotet, må långiveren respektere tredjemands ret.

Når panteretten i forbindelse med de enkelte afviklinger er registreret, omfatter den samtlige de fondsaktiver, som er på kontoen, det vil sige også dem, som under afviklingsforløbet overføres til kontoen og ikke nødvendigvis har udløst långivning. Der er herved tale om en form for flydende pant, hvor det dog ikke er muligt for ejeren af fondsaktiverne i depotet at disponere over disse, medmindre dette sker under respekt af långivers panteret.

Finanstilsynet har ved bekendtgørelse nr. 1032 af 5. december 1996 fastsat frister for den tidsmæssige udstrækning af panteret efter reglerne i § 55, stk. 4 (og 5). Ifølge bekendtgørelsens § 1, skal panthaveren for at udnytte en panteret gøre denne gældende inden kl. 15.00 på afviklingsdagen. Registrering af en panteret efter § 55 slettes automatisk i værdipapircentralen og uden meddelelse herom til panthaveren, såfremt panthaver ikke inden for fristen har gjort kravet gældende, jf. bekendtgørelsens § 3.

### *2.3.2. Lovbestemt panteret*

En clearingcentral eller en clearingdeltager, der i forbindelse med afviklingen midlertidig finansierer andres erhvervelse af værdipapirer, kan opnå en lovbestemt panteret i de anskaffede fondsaktiver efter værdipapirhandelslovens § 55, stk. 5. Den lovbestemte panteret omfatter den del af de af erhververen anskaffede fondsaktiver, som erhververen ikke efter aftale med långiveren har videreoverdraget ved salg med afvikling på samme tidspunkt, som den finansierede erhvervelse. Den lovbestemte panteret omfatter således alene erhververens nettoerhvervelse og opnår omsætnings- og kreditorbeskyttelse, når panteretten samtidig med overførelse af nettoerhvervelsen af fondsaktiver til erhververens depot registreres, jf. § 55, stk. 5, 2. pkt. For at

udnytte sin panteret skal panthaver gøre denne gældende inden kl. 15.00 på afviklingsdagen. En registreret panteret slettes automatisk i værdipapircentralen og uden meddelelse herom til panthaveren, såfremt panthaver ikke inden for fristen har gjort kravet gældende.<sup>17</sup>

Med den lovbestemte panteret i forbindelse med afviklingen af værdipapirtransaktioner efter § 55, stk. 5 opnår man som ved konsignation mulighed for gennem aftale mellem parterne at kombinere långivers behov for sikkerhed og erhververens ønske om at kunne videresælge de erhvervede fondsaktiver, uden at de er behæftet med en sikkerhedsret. Hermed adskiller den lovbestemte panteret sig fra den sikkerhedsret, som et kontoførende institut, der sælger fondsaktiver, kan opnå ved at registrere et betalingsforbehold efter reglen i værdipapirhandelslovens § 72, stk. 1. Herudover er den lovbestemte panteret ikke som ved betalingsforbehold begrænset til finansiering af køb af fondsaktiver fra et kontoførende institut. Anden erhvervelse, for eksempel i forbindelse med tegning, kan også udløse en lovbestemt pant.

### 2.3.3. Realisation

For yderligere at tilgodese behovet for en effektiv panteret efter værdipapirhandelslovens § 55, stk. 4 og 5 har man med § 56 givet mulighed for en hurtigere realisation af disse panterrettigheder, end hvad der følger af de almindelige regler.

Ifølge retsplejelovens § 538 a, stk. 2, skal en panthaver inden realisation af det pantsatte med en uges varsel og ved anbefalet brev opfordre skyldneren til at opfylde panthavers krav, medmindre omgående salg er nødvendigt for at undgå eller begrænse et tab. Retspraksis har hidtil ikke accepteret, at 8-dagesfristen kan fraviges ved forudgående aftale.<sup>18</sup>

Med værdipapirhandelslovens § 56, stk. 1 er der givet mulighed for, at parterne i forbindelse med panteret efter § 55, stk. 4 og 5 forudgående kan aftale, at 8-dagesfristen i retsplejeloven § 538 a ikke skal finde anvendelse ved realisation af de pantsatte fondsaktiver. Aftaler om fravigelse af 8-dagesfristen kan kun indgås mellem på den ene side en værdipapirhandler og på den anden side en værdipapirhandler, en institutionel investor eller tilsvarende professionel investor. I forhold til ikke-professionelle investorer er § 538 a således fortsat præceptiv.

Er en sådan aftale indgået, kan realisation ske straks efter udløbet af Finanstilsynets frist for udnyttelse af panteretten, det vil sige efter kl. 15.00 på afviklingsdagen, såfremt låntageren ikke forinden har opfyldt sin forpligtelse til at betale det skyldige beløb i henhold til aftalen om afviklingskredit.

<sup>17</sup> Jf. bekendtgørelse nr. 1032 af 5. december 1996 §§ 2 og 3.

<sup>18</sup> Se U 1990.935 H og U 1989.622 SH og senest U 1995.611 Ø.

## 2.4 Samledepoter

### 2.4.1 Baggrund

For finansielle virksomheder opstilles der særlige krav til virksomhedens organisation og virksomhedsudøvelse. Disse krav til god forretningsskik har traditionelt været betragtet som en del af den offentligretlige regulering, men rubriceres i dag vel primært under den dog ikke entydigt definerede juridiske disciplin erhvervsreguleringsret.<sup>19</sup> Som eksempel på traditionel offentligretlig regulering af finansielle virksomheder kan nævnes lov om finansiel virksomhed § 71, hvorefter en finansiel virksomhed blandt andet skal have en god og sund regnskabsmæssig praksis, skriftlige forretningsgange for alle væsentlige aktivitetsområder og fyldestgørende interne kontrolprocedurer.

Men herudover opstilles der i lov om finansiel virksomhed § 72 en række krav i relation til virksomhedsudøvelsen, som såvel direkte som indirekte har relation til formueretlige problemstillinger.

Finansielle virksomheder skal træffe fyldestgørende foranstaltninger til sikring af kundernes ejendomsret til deres værdipapirer, jf. § 72, stk. 1, nr. 1.<sup>20</sup> Set i forhold til de formueretlige regler må en finansiel virksomhed således sikre, at en kundes værdipapirer individualiseres behørigt og i fornødent omfang holdes adskilt fra andre kunders værdipapirer og fra værdipapirhandlerens egenbeholdning. Tilsvarende må en eventuelt sikringsakt iagttages, således at kunderne kan gøre retten til deres værdipapirer gældende over for den finansielle virksomheds eventuelle konkursbo eller andre kreditorer.<sup>21</sup>

Opfyldelse af kravet i § 72, stk. 1, nr. 1 og hermed den for kunden fornødne omsætnings- og kreditorbeskyttelse samt individualisering og efterfølgende mulighed for at kunne identificere værdipapirerne, kan opnås ved at

<sup>19</sup> Et karakteristikum ved erhvervsreguleringsretten er, at der er tale om et samspil mellem den offentligretlige og den privatretlige regulering. Se herom *Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle (red.)*, To reguleringstraditioner – Om samspillet mellem offentlig ret og privatret (1996). Se tillige *Christen Boye Jacobsen i Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.)* Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (2003) s. 459 ff.

<sup>20</sup> Reglen samt de øvrige krav til god forretningsskik blev indført i forbindelse med børsreform II i 1995/96 og var en følge af investeringsservicedirektivet fra 1993. Bestemmelsen fandtes oprindeligt i værdipapirhandelslovens § 6, stk. 1, nr. 1, siden i lov om finansiel virksomhed 3 b, stk. 1, nr. 1.

<sup>21</sup> Ligeledes af betydning i en privatretlig henseende er bestemmelsen i § 72, stk. 2, hvorefter en finansiel virksomhed kun kan disponere over en kundes værdipapirer, såfremt kunden giver samtykke hertil. Samtykket skal være udtrykkeligt, hvorfor der ikke foreligger fornødent samtykke, såfremt dette alene fremgår af virksomhedens almindelige forretningsbetingelser, jf. *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten, 2. udg. (2003) s. 88.

oprette et særskilt depot for hver enkelt kunde - for fondsaktivers vedkommende en særskilt konto i en værdipapircentral, jf. Registreringsbekendtgørelsens § 30.

Anvendelse af individuelle depoter og konti kan dog i visse tilfælde være besværlig og omkostningskrævende. Eksempelvis kan det i forbindelse med handel med udenlandske værdipapirer være hensigtsmæssigt at lade flere kunders værdipapirer placere i et samlet depot i en udenlandsk depotbank, således at den danske finansielle virksomhed fører et register over ejerforholdet til de enkelte værdipapirer i depotet. Identifikationen af, hvilke værdipapirer der tilhører den enkelte kunde, og hermed beskyttelsen over for den finansielle virksomheds kreditorer, fremgår da af det førte register.

Anvendelse af sådanne samledepoter og hermed kundernes retsbeskyttelse har i udenlandsk ret været anerkendt længe, men på tidspunktet for børsreform II i midten af 1990'erne kunne det ikke anses for endeligt afklaret i dansk retspraksis, hvorvidt og under hvilke betingelser kunderne kunne gøre deres ret til værdipapirer i samledepoter og samlekonti gældende, såfremt en finansiell virksomhed blev erklæret konkurs. Dette stillede de danske finansielle virksomheder i en ugunstig konkurrencemæssig situation og var baggrunden for, at der oprindeligt i værdipapirhandelsloven § 6, stk. 3 og 4 – nu lov om finansiell virksomhed § 72, stk. 3 og 7 – blev indført særlige regler af formueretlig karakter om anvendelse af samledepoter og samlekonti.

#### *2.4.2. Betingelserne for anvendelse af samledepoter*

I medfør af lov om finansiell virksomhed § 72, stk. 3 kan en finansiell virksomhed, der har tilladelse til at drive virksomhed som værdipapirhandler, opbevare kunders værdipapirer i samme depot, hvis den finansielle virksomhed har informeret den enkelte kunde om retsvirkningerne heraf, og kunden har givet sit samtykke hertil. I forbindelse med samledepoter skal den finansielle virksomhed føre et register, hvoraf ejerforholdet til de enkelte værdipapirer klart fremgår. På grundlag af registeret kan den enkelte kunde ved den finansielle virksomheds konkurs, betalingsstandsning eller lignende udtage sine værdipapirer af samledepotet, medmindre der forinden er tvist om kundens ejendomsret, jf. § 72, stk. 7.<sup>22</sup>

Muligheden for at etablere samledepoter med retsvirkning efter § 72 gælder for alle værdipapirer – instrumenter – som er nævnt i bilag 5 til lov om finansiell virksomhed, det vil sige for såvel fysiske værdipapirer placeret i et fysisk depot (samledepot), som dematerialiserede værdipapirer –

<sup>22</sup> Såfremt der er tale om en samlekonto i en værdipapircentral, skal dette registreres på kontoen, og den finansielle virksomhed vil være registreret som nominee, jf. værdipapirhandelslovens § 72, stk. 2 og registreringsbekendtgørelsens § 30, stk. 2.

fondsaktiver – registreret i en værdipapircentral (samlekonto). Reglen finder ligeledes anvendelse på værdipapirer placeret i udenlandske depoter, forudsat at dansk ret finder anvendelse på en eventuel konflikt mellem kunderne og den finansielle virksomheds konkursbo eller andre kreditorer.

Som udgangspunkt er bestemmelsen kun anvendelig, såfremt samledepotet alene omfatter kunders værdipapirer. Det vil derfor være i strid med § 72, stk. 3, såfremt en finansiell virksomhed placerer egne papirer i et samledepot. Der er dog mulighed for at opnå Finanstilsynets tilladelse til, at et samledepot omfatter såvel kunders som den finansielle virksomheds egne værdipapirer. En sådan tilladelse vil fortrinsvis kunne blive aktuel i forbindelse med værdipapirer placeret i udenlandske depoter, når det skønnes umuligt eller forbundet med uforholdsmæssige store vanskeligheder, omkostninger eller usikkerhed at etablere depoter, der adskiller egne og kunders værdipapirbeholdninger.

Kravet om, at kunden skal have givet samtykke til anvendelse af samledepoter, må forstås således, at samtykket skal være udtrykkeligt, hvorfor en samtykkebestemmelse i værdipapirhandlerens almindelige forretningsbetingelser ikke er tilstrækkelig.<sup>23</sup>

I forbindelse med samledepoter skal den enkelte kunde informeres om retsvirkningerne heraf, herunder om forskellen mellem anvendelse af individuelle depoter og samledepoter. Ved registrering af fondsaktiver på en samlekonto i en værdipapircentral må kunden således informeres om, at erstatningsordningen efter værdipapirhandelslovens §§ 80 og 81 kun gælder for værdipapircentralens fejlregistreringer m.v. på samlekontoen som helhed, og ikke de fejl, som den finansielle virksomhed måtte begå i forbindelse med førelsen af registeret over de enkelte kunders værdipapirer. Kunden må ligeledes orienteres om, at såfremt den finansielle virksomhed ikke fører registeret, eller registreringen er mangelfuld, kan det medføre, at kunden som følge af manglende identifikation ikke kan udtage sine værdipapirer fra depotet i tilfælde af konkurs. I forhold til den finansielle virksomheds konkursbo og andre kreditorer følger det af almindelige formueretlige regler, at kunden bærer risikoen for utilstrækkelig eller fejlagtig registrering fra den finansielle virksomheds side. Har den finansielle virksomhed i tiden op til et økonomisk sammenbrud ikke ført registeret, eller er registreringen mangelfuld, kan kunden ikke kræve værdipapirerne udleveret fra konkursboet, og et eventuelt erstatningskrav som følge heraf vil være et simpelt krav i konkursboet.

Ved anvendelse af udenlandske depoter kan det forekomme, at der på grund af forskelle i registreringsprocedure eller en tidsmæssig forskydning

<sup>23</sup> Det fremgår af betænkning 1290/1995 Børsreform II, bind 1 s. 123, at samledepoter normalt kun bør anvendes ved større, professionelle kunder, idet det ud fra forbrugerbeskyttelseshensyn ikke er ønskeligt, at samlekonti anvendes i forhold til andre kundetyper.

af registreringer er mindre uoverensstemmelser mellem den udenlandske depotbanks – depotstedets – registrering og den danske finansielle virksomheds registrering. Typisk vil den danske finansielle virksomhed foretage registre-ring af handelen før depotstedet. Sådanne mindre forskelle afskærer dog ikke en kunde fra at udtage værdipapirer fra depotet. Har der derimod inden den finansielle virksomheds konkurs eller betalingsstandsning været tvist om kundens ejendomsret, kan kunden ikke udtage værdipapirerne, jf. § 72, stk. 7 i.f.

En kunde kan til enhver tid forlange oplysninger om sin værdipapirbeholdning, der er deponeret på en samlekonto, og har herved mulighed for at kontrollere, at den finansielle virksomheds registrering er korrekt.<sup>24</sup>

Som nævnt ovenfor har man med bestemmelserne i lov om finansiell virksomhed § 72, stk. 3 og 7 tilsigtet en afklaring af den formueretlige/konkursretlige retsstillingen i forbindelse med anvendelse af samledepoter. Det er dog efterfølgende gennem en Højesteretsdom fastslået, at selv uden en udtrykkelig lovbestemmelse ville kunderne være i stand til at hævde deres ejendomsret til værdipapirer i et samledepot i forbindelse med den finansielle virksomheds konkurs. Efter værdipapirhandelslovens vedtagelse i 1995 har Højesteret ved U 1997.762, der vedrørte samledepoter etableret i udlandet i 1988, fastslået, at samledepoter også før de udtrykkelige bestemmelser i værdipapirhandelslovens § 6, stk. 3 og 4 (lov om finansiell virksomhed § 72, stk. 3 og 7) under visse betingelser kunne opretholdes over for et vekselerfirmas konkursbo. Højesteret fremhævede i den konkrete sag, at der i de pågældende depoter ikke havde befundet sig værdipapirer tilhørende vekselerfirmaet selv, og at der forelå en pålidelig bogføring hos vekselerfirmaet vedrørende ejerforholdet til depoternes værdipapirer. I sidstnævnte relation henvistes tillige til værdipapirhandelslovens § 6, stk. 3 og 4, selvom disse bestemmelser ikke var gældende på tidspunktet for konkursens indtræden. Østre Landsret var i sin afgørelse fra december 1993 kommet til det modsatte resultat med henvisning til, at der ikke forelå en tilstrækkelig individualisering.

### **3. Konklusion**

I de seneste 25 år er der i den i øvrigt primært offentligretlige regulering af børs- og værdipapirmarkedet blevet gennemført en række bestemmelser af formueretlig karakter. Nogle af disse sektorspecifikke bestemmelser har været en følge af EU-retlig regulering. Men i de fleste tilfælde har de specielle

<sup>24</sup> Jf. FT 1995-96 Tillæg A s. 1908 sp. 2.



formueretlige regler været begrundet med henvisning til ændringer i den måde, hvorpå handel med værdipapirer foregår.

Med de nye regler har man ønsket at skabe en ejendoms- og panteretlig regulering, som tilgodeser markedsdeltagernes, primært de finansielle virksomheders, behov for en fleksibel, sikker og hurtig omsætning af værdipapirer, herunder hensyntagen til internationale standarder på området. De formueretlige krav til og rammer for værdipapirhandel har ikke måttet virke som en hæmsko for udviklingen af et i en international sammenhæng konkurrencedygtigt dansk værdipapirmarked.

Det synes ligeledes at have været opfattelsen, at markedets behov på dette område ikke i tilstrækkelig grad har kunnet tilgodeses gennem anvendelse af de traditionelle ejendoms- og panteretlige regler. Som det fremgår af det ovennævnte, er dette dog en sandhed med modifikationer.

## Implementation within a reasonable period of time – the establishment of a DSU 21.3(c) Case Law

by

*Bugge Thorbjørn Daniel*

The subject of this article is the determination through ‘binding arbitration’ of the ‘reasonable period of time’ allowed WTO Members to comply with adverse ‘recommendations or rulings of the DSB’, *i.e.* the establishment of a ‘DSU 21.3(c) case law’.<sup>1</sup> The article consists of five sections: introductory remarks on dispute settlement in GATT and WTO, institutional issues, the scope of DSU 21.3(c) arbitration, Arbitrators’ interpretation of the ‘reasonable period of time’, and, concluding observations.

### **1. Background – Dispute settlement in GATT and WTO**

On 1 January 1995 the WTO superseded the General Agreement on Tariffs and Trade dating back to 1947 (GATT 1947).<sup>2</sup> GATT 1947 contained few formal rules on dispute settlement; as the need arose rules and procedures for the settlement of disputes were developed, notably the recourse to quasi-judicial tribunals, so-called ‘Panels’ - *ad hoc* bodies consisting of three trade experts expressing, in a ‘panel report’, their view on whether disputed meas-

<sup>1</sup> The DSU is the abbreviation for the ‘Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes’, the DSB is the Dispute Settlement Body tasked with administration of these rules and procedures under DSU 2.1. WTO Members are hereinafter designated ‘Members’. References to the ‘Arbitrator’/‘Arbitrators’ in the following refer to arbitration under DSU 21.3(c). The text of the DSU (and the other WTO agreements), the panel and Appellate Body reports, awards of the arbitrators, as well as WTO documents referred to can be found and downloaded on the WTO website: [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>2</sup> GATT 1947, largely identical with the chapter on commercial policy of the International Trade Organization (ITO), was provisionally applied pending the entry into force this organization; the ITO, however, never entered into force, *1947 Protocol of Provisional Application, 1948 Havana Charter, GATT 1947*

ures were consistent with GATT obligations.<sup>3</sup> A panel was established to facilitate a decision on the matter in dispute by the CONTRACTING PARTIES.<sup>4</sup> Panel reports were given legal force through subsequent political endorsement by being 'adopted' by the CONTRACTING PARTIES/the GATT Council.<sup>5</sup> Decisions taken in GATT, including decisions to adopt panel reports, were traditionally taken by consensus, *i.e.* absent formal objections.<sup>6</sup> Panels were formally and effectively subordinated the 'political arm' of GATT.

In the WTO the rules and procedures for dispute settlement were codified and further elaborated upon in the Dispute Settlement Understanding (DSU) applicable to disputes concerning provisions in the overarching WTO Agreement, the 'covered agreements', the and the DSU.<sup>7</sup> Members explicitly 'affirm their adherence to the principles for the management of disputes heretofore applied' under GATT XXII and XXIII.<sup>8</sup> As a novelty the DSU provides for appellate review of 'issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel' by an Appellate Body consisting

<sup>3</sup> 1966 Decision, 1979 Understanding on Dispute Settlement, 1982 Declaration on Dispute Settlement, 1984 Decision on Dispute Settlement, 1989 Decision on Dispute Settlement, 1994 Decision on Dispute Settlement, all quoted in GATT (1995), *GATT, Analytical Index : Guide to GATT Law and Practice*, pp.632ff; interesting considerations on the development can be found in 1955 Note on Extended use of Panels

<sup>4</sup> The CONTRACTING PARTIES are the contracting parties to GATT acting jointly, GATT XXV:1. Panels worked on the basis of GATT XXII and XXIII on *Consultations and Nullification or Impairment*; GATT XXIII provides for three types of complaints namely violation, non-violation and situation complaints, GATT XXIII:1(a), (b) and (c)

<sup>5</sup> Document SR.25/9, pp.176-177, quoted in GATT (1995), *GATT, Analytical Index : Guide to GATT Law and Practice*, p.761 footnote 591. Recognition of this 'normal GATT practice' see, *inter alia*, 1979 Understanding on Dispute Settlement, Annex, § 1, note 1

<sup>6</sup> Komuro (1995), *The WTO Dispute Settlement Mechanism*. J. Int'l Arb. 12, p.105f; GATT (1995), *GATT, Analytical Index : Guide to GATT Law and Practice*, p.1108; citing GATT doc. C/M/146, p.20 and GATT doc. C/M/222, p.12. see Hudec (1987), "Transcending the Ostensible": *Some Reflections on the Nature of Litigation Between Governments*. Minn. L. Rev. 72, p.214; Jackson (1990), *Restructuring the GATT System*, p.64; Stewart & Burr (1998), *The WTO's First Two and a Half Years of Dispute Resolution*. N.C.J. Int'l L. & Comm. Reg. 23(Summer 1998), pp.486, 544 and 546; for a similar view in an official WTO document, see WT/TPR/OV/2, p.3. An inventory of blocked GATT panel reports can be found in Komuro (1995), *The WTO Dispute Settlement Mechanism*. J. Int'l Arb. 12, pp.106ff

<sup>7</sup> DSU 1.1; the 'covered agreements' are listed in Appendix 1 to the DSU

<sup>8</sup> DSU 3.1; continuity is also ensured through WTO XVI:1 and GATT 1994

of seven members, serving on rotation in divisions of three.<sup>9</sup> Panel and Appellate Body reports remain subject to political endorsement, however, the procedure for adoption of reports has fundamentally changed: in the WTO rejection of reports require consensus, so-called 'reverse consensus'.<sup>10</sup> Panels and the Appellate Body are effectively independent from the political bodies.<sup>11</sup>

Members can bring complaints under the DSU, guided by considerations of fruitfulness.<sup>12</sup> The WTO as an organisation has no corresponding competence to raise matters under the DSU, and has no centralised enforcement mechanism. Ultimately enforcement rests with the complaining Member's recourse to 'suspension of concessions or other obligations' under DSU 22; however before coming this far the respondent and losing Member can obtain a 'reasonable period of time' for implementation, as a last resort through binding arbitration. Members are exhorted to 'have recourse to, and abide by, the rules and procedures' of the DSU; indeed Members' recourse to 'the procedures set forth in Article 21' is obligated in determining the reasonable period of time for implementation.<sup>13</sup>

DSU 21 is titled *Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings*.<sup>14</sup> In DSU 21.1 Members are admonished that 'prompt compliance'

<sup>9</sup> DSU 17.1, 3<sup>rd</sup> and 4<sup>th</sup> sentences, DSU 17.6; the Appellate Body 'shall address each of these issues, DSU 17.12; and 'may uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of the panel', DSU 17.13.

<sup>10</sup> DSU 16.4 and 17.14, panel and Appellate Body reports, respectively. The Decision is taken by Members acting in the DSB Consensus is defined in accordance with GATT traditions, footnote 1 to DSU 2.4

<sup>11</sup> Ehlermann (2002), *Six Years on the Bench of the "World Trade Court"*. JWT 36(4), pp.606 & 632f; Ehlermann (2003), *Experiences from the WTO Appellate Body*. Texas Int'l L.J. 38, p.474; Pauwelyn (2002), *The Use of Experts in WTO Dispute Settlement*. ICLQ 51

<sup>12</sup> DSU 1.1, 2<sup>nd</sup> sentence & DSU 3.7, 1<sup>st</sup> sentence; includes 'potential export interests', see *EC – Bananas*, paras.132-138; see further B.T. Daniel, *WTO Adjudication* (forthcoming) Thomson, section 5.2.3 'Nature of Disputes'. On 3<sup>rd</sup> party rights, DSU 4.11 and 10.2

<sup>13</sup> DSU 23.1 and DSU 23.2(b, and DSU 3.5 and *Rules of Conduct*, Rule III.1 *Observance of the Governing Principle*. The *Rules of Conduct* apply to panellists, Appellate Body Members, arbitrators under DSU 21.3(c), 'those members of the Secretariat called upon (...) to assist in formal arbitration proceedings', as well as 'Standing Appellate Body support staff called upon to provide the Standing Appellate Body with administrative or legal support in accordance with' DSU 17.7, *Rules of Conduct IV. Scope*, paragraph 1(c) referring to Annex "1a" which, in turn, list DSU 21.3(c) in the 1<sup>st</sup> indent and *IV.Scope*, 2<sup>nd</sup> sentence

<sup>14</sup> 'Recommendations and rulings' are reserved the DSB, 'findings and recommendations' are made by Panels and the Appellate Body, compare *inter alia* DSU 3.2, 7.1, 11 with

is 'essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members'; DSU 21.2 allow for 'particular attention' being paid to such matters 'affecting the interests of developing country Members'; DSU 21.3 prescribe Members' information of the DSB of 'intentions in respect of implementation' and, importantly, require immediate compliance, modified to the extent that 'a reasonable period of time shall be granted' if such compliance is 'impracticable'. Under DSU 21.3(a)-(c) the 'reasonable period of time' for implementation can be established in three alternative ways: First, the 'Member concerned' may, unilaterally but subject to approval by the DSB, propose a period; second, in the absence of such proposal or agreement the 'parties to the dispute' may, within a timeframe, agree on a period; third, the period may be 'determined through binding arbitration'. DSU 21.3(c) provides for implementation within:

»a period of time determined through binding arbitration within 90 days after the adoption of the recommendations and rulings [Footnote 12 omitted]. In such arbitration, a guideline for the arbitrator[footnote 13 omitted] should be that the reasonable period of time to implement panel or Appellate Body recommendations should not exceed 15 months from the date of adoption of a panel or Appellate Body report. However, that time may be shorter or longer, depending upon the particular circumstances.«

The parties have ten days to agree on an arbitrator, failing which the Director-General has ten days to do so after consulting the parties; the 'arbitrator' may be 'an individual or group'.<sup>15</sup> The remainder of DSU 21 is beyond the scope of this article.<sup>16</sup>

## **2. DSU 21.3(c) – Institutional issues**

In this section I shall address two issues preliminary to the arbitration proceedings and the rendering of the award: the prescribed timeframe, and, the appointment of the arbitrator.

---

DSU 7.1, 11, 12.7, 15.2, 15.3, 19.1 and 19.2. Inexplicably, this terminology is somewhat confused by the reference in DSU 26.1

<sup>15</sup> Footnotes 12 and 13 respectively

<sup>16</sup> These five provisions are concerned with: the total timeframe for dispute settlement and certain extensions hereof; the disagreement on 'existence or consistency with a covered agreement on measures taken to comply'; subsequent DSB surveillance of implementation; and, finally, certain considerations pertaining to disputes involving developing countries, DSU 21.4, 21.5, 21.6, and 21.7-8, respectively

### 2.1. Timeframe – 90 days

In reflection of the general aim of settling disputes promptly ‘binding arbitration’ takes place ‘within 90 days’ from the adoption of the panel or Appellate Body report.<sup>17</sup> In the DSU promptness is supplemented by a preference for ‘positive solutions’, which would seem to encompass notions of flexibility - also in relation to specified time-frames.<sup>18</sup> Disputing Members have, from the very first DSU 21.3(c) proceedings, liberally extended the period; customarily expressing agreement that the award should nevertheless be considered an award under DSU 21.3(c); of seventeen awards only two have been handed down within the 90 days.<sup>19</sup> In accordance with DSU 23 the important issue seems to be to keep within the DSU. Members have also exhibited considerable flexibility in allowing for subsequent negotiated extension of the timeframe for implementation.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> DSU 3.3 and DSU 21.1; see also on timeframes DSU 20.1

<sup>18</sup> For instance DSU 3.4 speaks of ‘satisfactory settlement’; DSU 3.7 refer to the aim of reaching ‘a positive solution’; similarly the three alternative ways of determining the ‘reasonable period of time’ under DSU 21.3

<sup>19</sup> *Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, ‘two weeks’, para.3; *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))*, 45 days; *Australia - Salmon (DSU 21.3(c))*, ‘a further 19 days’, para.3; *Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, ‘twenty additional days’, §4, WT/DS75/15 & WT/DS84/13; *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, ‘a further 51 days’, para.3, WT/DS87/14 & WT/DS110/13; *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))* 56 days, para.3, WT/DS114/12; *Canada - Automotive Industry (DSU 21.3(c))*, 19 days, para.3, WT/DS139/11 & WT/DS142/11; *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))* 93 days, para.3, WT/DS160/11; *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, 58 days, para.3, WT/DS136/10 & WT/DS162/13; *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))*, 49 days, para.3, WT/DS170/9; *Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c))*, 90 days, WT/DS155/8; *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)(DSU 21.3(c))*, 90 days, para.3, WT/DS184/11; *US - Line Pipe (Safeguard)(DSU 21.3(c))*, 36 days, para.4; *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, WT/DS207/11, 90 days; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, 54 days, WT/DS217/12 & WT/DS234/20; *EC - Tariff Preferences (DS 21.3(c))*, paras.3-4, 61 days, WT/DS246/13. Arbitrators have not objected to this practice and neither has other Members, see *Japan - Alcoholic Beverages*, WT/DSB/M/37, issue 1 and WT/DSB/M/38, issue 1

<sup>20</sup> See the extensions granted by the DSB in *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))* and *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, WT/DSB/M/107, p.13f and WT/DS160/14, and WT/DS136/13 & WT/DS162/16; *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)(DSU 21.3(c))*, para.39 and WT/DSB/M/160, §3; *US - Line Pipe (Safeguard)(DSU 21.3(c))*; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))* and WT/DS217/17, WT/DS217/18 and WT/DS217/19

## 2.2. Appointment of the Arbitrator

Obviously, the question of who should determine the extent of the period of time for Members to bring disputed measures into conformity with WTO obligations is potentially highly contentious. DSU 21.3(c) is silent on the issue.<sup>21</sup> The path taken has repercussions on the perception of arbitration.

The establishment of a GATT panel was subject to consensus decision making; contracting parties should supposedly not object to proposed panellists but for 'compelling reasons'; appointment of panellists, nevertheless, occasionally constituted a considerable obstacle.<sup>22</sup> Establishment of a WTO panel was made subject to the reverse consensus rule and nomination of panellist rests eventually with the Director-General of the WTO; the Appellate Body, was made a permanent 'standing' body; finally, elsewhere in the DSU appointment of panellists and arbitrators is subject to preferences for recourse to the Original Panel.<sup>23</sup> This wisdom was not reflected in relation to arbitration under neither DSU 22.6-7, DSU 25, GATS XXII:3, 3<sup>rd</sup> and 4<sup>th</sup> sentences nor, for the present purposes, DSU 21.3(c). All Arbitrators appointed under the DSU remain subject to the *Rules of Conduct* for the DSU.<sup>24</sup>

In the first arbitration (in early 1997) the Director-General appointed the Presiding Member of the Appellate Body division handling the dispute.<sup>25</sup> This choice was based on obvious advantages: The chosen Arbitrator was not only indisputably qualified through his eligibility to the Appellate Body under DSU 17.3, but had, through his actual appointment, already been en-

<sup>21</sup> Apart from footnote 13 defining 'arbitrator' in singular or plural, see text to note 15.

<sup>22</sup> The composition of the panel was proposed by the Director-General, *1979 Understanding on Dispute Settlement*, §§11-12; *1984 Decision on Dispute Settlement*, §2, On the sometimes cumbersome process of selecting panel members see Plank (1987), *An Unofficial Description of How a GATT Panel Works and Does Not*. Swiss Rev. Int'l Comp. L. February 1987(29), p.91ff.

<sup>23</sup> DSU 6.1, DSU 8.7 and DSU 17.1-2; initially panellists are nominated by the Secretariat. Disputes on the 'existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with recommendations and rulings' under DSU 21.5 are referred, 'wherever possible', to the 'original panel'. Arbitration on 'compensation and suspension of concessions or other obligations' as foreseen in DSU 22.6-7 can be carried out by the 'original panel' or 'an arbitrator' (also in plural) appointed by the Director-General (in practice the former), DSU 22.6, 3<sup>rd</sup> sentence, and footnotes 15 and 16 hereto; SCM 4.11 refer to these provisions of the DSU while prescribing a slightly different standard of balancing between the nullification or impairment suffered and the amount of countermeasures.

<sup>24</sup> *Rules of Conduct, II. Governing Principle*.

<sup>25</sup> *Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.2 and *WT/DS8/13*, *WT/DS10/13* & *WT/DS11/11*; the Arbitrator was Julio Lacarte-Muró. The Presiding Member is tasked with coordination and chairing of the proceedings as well as coordination of the drafting of the report, *Working Procedures (AB)*, Rule 7(2)(a)-(c)

dorsed by the WTO Members in the DSB. This would, of course, apply to any of the seven Members of the Appellate Body, however, appointing a Member of the relevant division of the Appellate Body in addition ensured substantial knowledge of the underlying dispute. In sum, a person with obvious general and specific qualifications, however, as indicated above, the choice was not compelling: The DSU prescribes the required qualifications for panellists and Appellate Body Members, but offers no guidance on DSU 21.3(c) arbitrators' qualifications.<sup>26</sup> Finding arbitrators among the Members of the Appellate Body indicates a preference for legal rather than political/economical expertise while ensuring expertise in international trade. Despite footnote 13 a single arbitrator was appointed.

In the next dispute (in late 1997) the Director-General again appointed a Member of the relevant Appellate Body division.<sup>27</sup> Institutional integration seems to have been a pertinent consideration: The Arbitrator noted that the Director-General had 'indicated to the parties that, as a Member of the Appellate Body, I would consult with the other Members of the Appellate Body in accordance with its practice of collegiality'.<sup>28</sup> This 'practice of collegiality' is firmly rooted in the Appellate Body's working procedures and entails exchange of view within the entire Appellate Body before a report is finalised.<sup>29</sup> While Appellate Body Members may serve in their individual capacity such institutional integration would seem to go (far) beyond the jurisdiction of the Appellate Body in more than one sense: 'the Appellate Body shall hear appeals from panel cases' and 'shall be composed of seven persons, three of whom shall serve on any one case'.<sup>30</sup>

### 2.3. *The third step – political counterbalance?*

Next the Director-General attempted to deviate from the set course and appointed an additional Arbitrator - an experienced WTO diplomat - counterweighing the legal expertise represented by Appellate Body Members. Unfor-

<sup>26</sup> In respect of panellists notably a preference for knowledge of (GATT/WTO) trade policy, DSU 8.1; Appellate Body Members are required to possess expertise in 'law, international trade and the subject matter of the covered agreements generally', DSU 17.3; SCM 8.5 Arbitrators are to have 'relevant legal, economic, financial or technical expertise' including expertise in the SCM, see *Procedures for SCM 8.5 Arbitration*, §12 and §31, referring to *Rules of Conduct*, II.1 and Annex 1.a

<sup>27</sup> *EC - Bananas (DSU 21.3(c))*, para.3, the choice fell on Said El-Naggar - not the Presiding Member

<sup>28</sup> *Ibid.*, para.3; to my knowledge the sole direct acknowledgement of such integration

<sup>29</sup> The division retains 'full authority to hear and decide an appeal' in accordance with DSU 17, *Working Procedures (AB)*, Rule 4(1), (3) and (4)

<sup>30</sup> DSU 17.1, 2<sup>nd</sup> and 3<sup>rd</sup> sentence



tunately, but perhaps not surprising, the suggested diplomat was ‘unable to accept the nomination’ and no substitute was appointed.<sup>31</sup> The lack of surprise on my part reflects the contentiousness of deciding these issues.<sup>32</sup> The appointed Appellate Body Member was not part of the relevant division; collegiality, to the extent this principle remains operative in this particular context, may, in part, compensate for the lack of intimacy with the intricacies of the particular case although also arbitrators’ narrow mandate must be noted.<sup>33</sup>

#### 2.4. *Emergence of a Path*

Subsequent arbitrators appointed by the parties have been found in the ranks of the Appellate Body, most within the relevant division; from March 2000 supplemented by a request that the arbitrator should be assisted by the Appellate Body Secretariat.<sup>34</sup> Secretariat assistance would seem to go beyond what was envisaged in the DSU: Under DSU 17.7 the Appellate Body Secretariat is set up in order to provide the Appellate Body with ‘appropriate administrative and legal support’ as required. On the other hand such assistance would seem to flow almost naturally from institutional integration. Once again institutional integration is ensured if not sought. The subsequent uniformity in

<sup>31</sup> *EC - Hormones (DSU 21.3(c))*, §3, Brazilian diplomat Celso Lafer

<sup>32</sup> Mr. Lafer may, of course, have been motivated by entirely different reasons

<sup>33</sup> To which I shall return below, see below

3.1. The Mandate of DSU 21.3(c) Arbitrators

<sup>34</sup> *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))* Christopher Beeby (not appealed), para.4; *Australia - Salmon (DSU 21.3(c))* Said El-Naggar (Member of division), para.3; *Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))* Claus-Dieter Ehlermann, (Member of division), para.4 and *WT/DS75/15 & WT/DS84/13*; *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))* Florentino Feliciano (Member of division), para.3, Secretariat assistance requested, *WTO.Doc.WT/DS87/14 & WT/DS110/13*; *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))* James Bacchus (not in division), para.3, Secretariat assistance requested, *WT/DS114/12*; *Canada - Automotive Industry (DSU 21.3(c))* Julio Lacarte-Muró, para.3 (not appealed) Secretariat assistance requested, *WT/DS139/11 & WT/DS142/11*; *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))*, para.3 Julio Lacarte-Muró (not appealed) Secretariat assistance requested, *WT/DS160/11*; *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))* A.V. Ganesan (not in division), para.3, Secretariat Assistance requested, *WT/DS136/10 & WT/DS162/13*; *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))* Ehlermann (not in division), Secretariat assistance requested, *WT/DS170/9*; *Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c))* Florentino Feliciano (not appealed), para.3 & *WT/DS155/8*; *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)(DSU 21.3(c))* Florentino Feliciano (Member of division), para.3, Secretariat assistance requested, *WT/DS184/11*; *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))* John Lockhart (Member of Division), para.2, and *WT/DS207/11*, including Secretariat assistance, *WT/DS207/12*

Members' practice is remarkable; the Director-General has found no reason to deviate.<sup>35</sup>

### 3. The Scope of DSU 21.3(c) Arbitration

Implementation within a reasonable period of time must be seen in light of the specific content of 'implementation'. While DSU 21.1 and 21.3 speak of compliance with 'recommendation and rulings of the DSB' the purpose of granting a 'reasonable period of time' under DSU 21.3(c) is to allow for sufficient time 'to implement panel or Appellate Body recommendations'.<sup>36</sup> Under DSU 19.1 panels and the Appellate Body are obliged to recommend that WTO inconsistent measures are brought 'into conformity'; an additional discretion provides for suggestion of 'ways' of implementation.<sup>37</sup> This section is concerned with the mandate of arbitrators under DSU 21.3(c), conformity and implementation, and, impracticability of immediate compliance.

#### 3.1. The Mandate of DSU 21.3(c) Arbitrators

Arbitrators are faced with a singular and narrowly defined task of determining the 'reasonable period of time' to 'panel or Appellate Body recommendations'.<sup>38</sup> Accordingly an early Arbitrator found it beyond his mandate to 'suggest ways or means' to 'implement the recommendations and rulings of the Appellate Body Report and the Panel Reports' the implementing Member having 'a measure of discretion in choosing the [WTO consistent] means of implementation'<sup>39</sup>; another concisely noted that his 'proper concern' is 'with *when*, not *what*' and proceeded to analyse only what had been '*proposed*' by

<sup>35</sup> *US - Line Pipe (Safeguard)(DSU 21.3(c))* Yasuhei Taniguchi (not in division), *WT/DS202/16*; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.3 Yasuhei Taniguchi (not in division), *WT/DS217/13 & WT/DS234/21*; *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))* John Lockhart (not in division), *WT/DS234/13*

<sup>36</sup> DSU 21.3(c), 2<sup>nd</sup> sentence

<sup>37</sup> DSU 19.1, 1<sup>st</sup> and 2<sup>nd</sup> sentences. Under SCM 4.7 withdrawal of prohibited subsidies 'shall' be recommended. Footnote 10 to DSU 19.1 refer to DSU 26 specifically addressing the issue of the so-called non-violation complaints under GATT XXIII:1(b) in which case the recommendation 'shall' be to 'make a mutually satisfactory adjustment', DSU 26.1(b), and, so-called 'situation complaints' under GATT XXIII:1(c)

<sup>38</sup> In contrast, in the special situation of so-called non-violation complaints, Arbitrators are authorised, upon request of either of the disputing parties, on a non-binding basis to determine the level of benefits nullified or impaired and(/or) 'suggest ways and means of reaching a mutually satisfactory adjustment' – it is unclear whether the latter part is also subject to a request, see DSU 26.1(b), on the three types of complaints see above note 4

<sup>39</sup> *EC - Hormones (DSU 21.3(c))*, para.38; *Australia - Salmon (DSU 21.3(c))*, para.35; *Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.45; *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))*, para.21; *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, paras.38-42

the respondent<sup>40</sup>; a third added that this did not 'render the substance of implementation immaterial' since 'the more information that is known about the details' the greater the 'guidance' for the Arbitrator and 'the more likely that such period of time will fairly balance' the needs of the parties.<sup>41</sup>

The choice of means, while within the implementing Members prerogative, is determinative for the amount of time required. In this respect Arbitrators have established and maintained a basic distinction between administrative and legislative implementation, the former presumable being more time-consuming than the latter.<sup>42</sup>

### 3.2. *Conformity/Implementation and Recommendations*

The 'reasonable period of time' is granted for the specific purpose of implementation of 'recommendations and rulings of the DSB' and 'panel or Appellate Body recommendations': In practice the DSB adopt the recommendations of panels and the Appellate Body. There is a close relationship between the recommendation of conformity and compliance/implementation: One Arbitrator equated the two notions and concluded that this could be achieved through 'withdrawal' or 'modification' of the inconsistent measure.<sup>43</sup> In a very recent award the Arbitrator found that the reasonable period of time should be related only to the specific measure found WTO inconsistent and not larger legislative reforms.<sup>44</sup> Implementation, therefore, consists of withdrawal or modification of the specific measures, or parts of measures, found WTO inconsistent by a panel or the Appellate Body. Measures taken to implement should be consistent with the recommendations of panels or the Appellate Body and the covered agreements.<sup>45</sup> 'Conformity' implies nothing

<sup>40</sup> *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, paras.40-43; *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)(DSU 21.3(c))*, para.30; *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, para.32; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, paras.42-49

<sup>41</sup> *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, para.37

<sup>42</sup> *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, para.49; *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))* para.34; *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))*, para.41

<sup>43</sup> *Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c))*. paras.40-41; *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)(DSU 21.3(c))*, paras.24-28; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.49

<sup>44</sup> *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*, para.31; supported by *Canada - Automotive Industry (DSU 21.3(c))*, para.55

<sup>45</sup> *EC - Hormones (DSU 21.3(c))*, para.38; *Australia - Salmon (DSU 21.3(c))*, para.35; *Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.45; *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, para.32; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.48; *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*, para.30

more than general conformity with the covered agreements.<sup>46</sup> The recommendations of the panel/Appellate Body under DSU 19.1 are potentially important aspects of implementation.<sup>47</sup>

In contrast to recommendations, the choice whether or not to make suggestions under DSU 19.1, 2<sup>nd</sup> sentence is additional and discretionary. There is no mention of suggestions in DSU 21.3(c). Panels and the Appellate Body have been extremely reluctant to exercise this discretion.<sup>48</sup> An Arbitrator refrained from addressing the issue of the significance of a panel's suggestion of 'repeal' since the respondent explicitly did not base itself on the 'complexity of the implementing legislation' as a particular circumstance.<sup>49</sup> Another more recent Arbitrator explicitly rejected the relevance of such suggestions with reference to 'the well-established principle' of choosing the means of implementation being the Members' prerogative; this, of course, includes following the suggestion.<sup>50</sup> It would therefore seem that the relevance of such suggestions should be determined in other contexts, such as DSU 21.5.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> *EC – Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*, para.33

<sup>47</sup> Initially arbitrators' analyses were quite summary and avoided such issues, see *i.e. Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, *EC - Bananas (DSU 21.3(c))*, however from the award *EC - Hormones (DSU 21.3(c))* the analyses are more detailed; this was also the first award addressing the recommendations made under DSU 19, see paras.31-37. Recommendations under DSU 19 have also been addressed by the Arbitrators in *Australia - Salmon (DSU 21.3(c))*, paras.31-36; *Canada - Automotive Industry*, para.34; *Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c))*, para.38; *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)(DSU 21.3(c))*, para.27. The issue did not surface in *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))*. In *Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))* the parties agreed that legislative changes were necessary, para.38, similarly *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.36; *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))*, para.34; *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, para.34; *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))*, para.41; *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)(DSU 21.3(c))*, para.29; *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, paras.36-37; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.46; *EC – Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*, para.29

<sup>48</sup> See *inter alia* *US - DRAMS (AD Duties)*, Panel Report, para.7.4; *US - Stainless Steel (AD Measures)*, Panel Report, paras.7.8-7.10.; *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)*, Panel Report, para.8.11; *EC - Cast Iron Tube (AD Duties)*, Panel Report, para.8.11; *US - Steel Plate (AD & CV)*, Panel Report, para.8.8; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)*, Panel Report, para.8.6; *Argentina - Poultry (AD Duties)*, para.8.7

<sup>49</sup> *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, para.25 and paras.35-36

<sup>50</sup> *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, paras.52-53

<sup>51</sup> See *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, para.42

### 3.3 *The Initial Condition of Impracticability*

Under DSU 21.3, 2<sup>nd</sup> sentence a 'reasonable period of time' shall be available to the extent that immediate compliance is 'impracticable'. The distinction between practicable and impracticable is uncertain; a certain leeway seems to be implied, one Arbitrator observed that the DSU 'does not use the far more rigorous term "impossible"'.<sup>52</sup> From the perspective of the allocation of the burden of proof in WTO dispute settlement, the party asserting the affirmative would have to prove impracticability.<sup>53</sup> Members are generally satisfied with the implementing Member's assertion that a 'reasonable period of time' is required without further substantiation and likewise some arbitrators.<sup>54</sup> Intensive questioning of practicability could easily be considered too sovereignty intrusive to be constructive, and, possibly amount to questioning of the good faith of the implementing Member.

## 4. DSU 21.3(c) - the 'Reasonable Period of Time'

### 4.1. *The Perception of the 15 Month Guideline*

15 months is the guideline for the 'reasonable period of time' to be modified either way 'depending upon the particular circumstances'. While disputes not unnaturally tend to focus on such particular circumstances a few words on arbitrators' perception of the 15 month guideline are relevant: The first two Arbitrators closely followed the guideline.<sup>55</sup> This perception has subsequently changed in favour of granting shorter periods; the 15 months have been exceeded only once – with five days.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.38

<sup>53</sup> *US - Shirts & Blouses*, p.14, see Pauwelyn (1998), *Evidence, Proof and Persuasion in WTO Dispute Settlement*. JIEL 1(2), in particular pp.235-242

<sup>54</sup> *Japan - Alcoholic Beverages*, WT/DSB/M/26, §2; *India - Patent Protection (TRIPS)*, WT/DSB/M/42, §1; *EC - Hormones*, WT/DSB/M/43, §3; *Japan - Agricultural Products (Varietals)*, WT/DSB/M/58, §1(a) (although more specific); *Australia - Salmon*, WT/DSB/M/51, §2a; *US - Shrimp*, WT/DSB/M/51, §3a; *India - Agricultural Products (QRs)*, WT/DSB/M/69, §2a; in *Canada - Automotive Industry (DSU 21.3(c))*, para.29; *Indonesia - Automobile Industry*, para.7 and paras.16-17; *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, para.33; *Canada - Automotive Industry (DSU 21.3(c))*, para.36; in *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))* impracticability was not even mentioned; see also *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.45

<sup>55</sup> *Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.27; *EC - Bananas (DSU 21.3(c))*, para.19

<sup>56</sup> The periods have been established as follows: 15 months and 5 days, *Ibid.*, para.20; 15 months, *Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.27 and *EC - Hormones (DSU 21.3(c))*, para.48; 14 months and 9 days, *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.46; 12 months and 12 days, *Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c))*, para.52; twelve months, *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))*, para.25 and *US - Section*

#### 4.2. Arbitrators' Interpretation of the Reasonable Period of Time

Most Arbitrators have defined the reasonable period of time with reference to the wider context provided by the DSU and even the WTO agreement. This includes in particular references to WTO XVI:4 and DSU 3.3, 3.7 and 21.1, and occasionally DSU 21.4.<sup>57</sup> The objectives of WTO dispute settlement identified in these provisions serve as introductory considerations. A more operative formula was introduced when an Arbitrator concluded that 'read in context' the reasonable period of time should be 'the shortest period possible within the legal system' of the implementing Member.<sup>58</sup> This formula had repercussions on the range of factors considered relevant as 'particular circumstances'. Subsequently the formula was modified to the extent that 'this does not require a Member' to 'utilize *extraordinary* legislative procedures, rather

---

110(5) (DSU 21.3(c)), para.47; 11 months and 2 weeks, *Korea - Alcoholic Beverages* (DSU 21.3(c)), para.48; 10 months, *US - 1916 Anti-Dumping Act* (DSU 21.3(c)), para.45 and *Canada - Patent Protection* (DSU 21.3(c)), para.67; 8 months, *Australia - Salmon* (DSU 21.3(c)), para.39 and *Canada - Automotive Industry* (DSU 21.3(c)), para.56; 6 months, *Canada - Patent Protection* (DSU 21.3(c)), para.64; 14 months and 11 days, *EC - Tariff preferences* (DSU 21.3(c)), para.60. Monnier (2001), *The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling - Promptness within Reason*. JWT 35(5), p.843f, compares the average agreed reasonable period of time with the time settled through arbitration

<sup>57</sup> In *Japan - Alcoholic Beverages* (DSU 21.3(c)) the Arbitrator referred to the 'general and fundamental obligation' contained in WTO XVI:4, DSU 3.3 on 'prompt settlement' being 'essential' to the 'functioning of the WTO' as well as maintaining 'a proper balance of rights and obligations of Members, DSU 3.7 on the 'first objective' of the dispute settlement mechanism being 'withdrawal' of inconsistent measures, and the recognition of the importance of prompt compliance in DSU 21.1, *Japan - Alcoholic Beverages* (DSU 21.3(c)), paras.9-11, *EC - Bananas* (DSU 21.3(c)) DSU 21.1, para.18; *Chile - Alcoholic Beverages* (DSU 21.3(c)), DSU 21.1, para.38; *Canada - Pharmaceutical Patent* (DSU 21.3(c)) DSU 3.3, 21.1, and 21.4, paras.47-48 and 52; *Canada - Patent Protection* (DSU 21.3(c)), DSU 21.1 and 3.3, paras.36-39; *Chile - Price Band System* (DSU 21.3(c)) DSU 21.1, paras.44-45; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)*(DSU 21.3(c)) DSU 21.1 and 3.3, para.39; *EC - Tariff Preferences* (DSU 21.3(c)), DSU 21.1, para.25

<sup>58</sup> *EC - Hormones* (DSU 21.3(c)), paras.26 and 38-40; in addition drawing upon *The Concise Oxford Dictionary*. Also *Indonesia - Automobile Industry* (DSU 21.3(c)), para.22; *Australia - Salmon* (DSU 21.3(c)), para.27-30 and 38. See also *Indonesia - Automobile Industry* (DSU 21.3(c)), para.12; *Australia - Salmon* (DSU 21.3(c)), paras.11-12 and 23; *Chile - Alcoholic Beverages* (DSU 21.3(c)), §19; *Chile - Alcoholic Beverages* (DSU 21.3(c)), §23; *Canada - Pharmaceutical Patent* (DSU 21.3(c)), para.26; *EC in Canada - Automotive Industry* (DSU 21.3(c)), para.22; *Canada - Automotive Industry* (DSU 21.3(c)), para.30; *US - Section 110(5)* (DSU 21.3(c)), para.6; *EC - Tariff Preferences* (DSU 21.3(c)), para.26

than the *normal* legislative procedure'.<sup>59</sup> A third Arbitrator found it appropriate to quote the Appellate Body on 'reasonable' and 'reasonable time' in other WTO contexts, to the effect that 'reasonable' 'implies a degree of flexibility' involving consideration on a case-by-case basis of 'all of the circumstances of a particular case' reemphasising the 'flexibility and balance inherent in the concept of "reasonableness"'.<sup>60</sup>

#### 4.3. Relevant 'Particular Circumstances'

The main focus of the arbitration proceedings is on the particular circumstances justifying departure from the 15 month guideline; an early Arbitrator concluded, logically, that the 'onus' fell on the implementing Member for demonstrating the call for a longer period, and reversely on the complaining Members in respect of a shorter period.<sup>61</sup> The determination of the reasonable period of time has invariably been affected by the chosen focus on domestic legislative/administrative procedures.<sup>62</sup> Thus one Arbitrator defined the particular circumstances as 'those that can influence what the shortest period possible for implementation may be', exemplified with reference to type, complexity and legal character of the relevant implementing measures.<sup>63</sup> Indeed, paraphrasing a recent award, '[f]actors external to the legislative process itself are of no relevance'.<sup>64</sup> This focus has been justified with reference to risk posed by other approaches to the multilateral trading system.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> *Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, paras.37 and 42. Also *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.19; *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, para.19; *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, para.7. See also *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))*, paras.27-32 and 45; *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))*, paras.36-39; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, paras.42-43; *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*, para.42

<sup>60</sup> Appellate Body in *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)*, paras.84-85 on AD 6.8 and Annex II, §1 of the AD, quoted in *US - Hot-Rolled Steel (AD Measures)(DSU 21.3(c))* para.25; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.42

<sup>61</sup> *EC - Hormones (DSU 21.3(c))*, para.27 The analysis proceeded with analysis of the justification a 'longer period' or a 'shorter period', paras.28-42 and 43-47, respectively

<sup>62</sup> See in this regard *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, paras.47-48 and 52; *Canada - Automotive Industry (DSU 21.3(c))*, paras.34-38.

<sup>63</sup> *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, paras.48-52. See also *Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.12; *EC - Hormones (DSU 21.3(c))*, para.10; *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))*, para.17; *Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.17; *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.24; *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))*, para.12; *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))*, para.27; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, paras.8 and 30

<sup>64</sup> *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.79. Similarly *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))*, paras.13-17; *Korea - Alcoholic Bever-*

In favour of a longer period of time Members have unsuccessfully pleaded various circumstances: domestic factors unrelated with administrative/legislative procedures<sup>66</sup>; other international obligations<sup>67</sup>; the DSU: the notion of ‘full implementation’ (based on DSU 22), DSU 21.7-21.8 including reference to the Preamble to the WTO Agreement.<sup>68</sup>

One Arbitrator, paraphrasing DSU 3.7, 2<sup>nd</sup> sentence, found that the ‘grant of a lesser period would not “facilitate a positive resolution of this dispute”’.<sup>69</sup> DSU 21.2 and ‘particular attention’ being paid to ‘matters affecting interests of developing countries’ has been troublesome for Arbitrators, not least in light of the lack of textual clarity.<sup>70</sup> In favour of a longer period of time DSU 21.2 has been considered relevant in the context of implementing Members in ‘a dire economic and financial situation’ and/or having ‘severe

---

*ages (DSU 21.3(c)), para.18; Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c)), para.25. Complexity of domestic legislative system, see Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c)), para.18 and 22; EC - Bananas (DSU 21.3(c)), para.7; Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c)), para.8; Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c)), paras.6-11; US - Section 110(5) (DSU 21.3(c)), paras.14-25; US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c)), paras.9-18. Legislative/administrative procedures, EC - Hormones (DSU 21.3(c)), paras.43-47; Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c)), para.18; Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c)), para.26-29.*

<sup>65</sup> *Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c)), para.49; Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c)), para.16*

<sup>66</sup> Adverse domestic effects, *Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c)), para.19; EC - Bananas (DSU 21.3(c)), para.10; Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c)), para.10. ‘Administrative effects on the execution of taxation’, Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c)), para.21. Administrative practices, EC - Bananas (DSU 21.3(c)), para.9*

<sup>67</sup> Pleaded by the EC in *EC - Bananas (DSU 21.3(c)), paras.6 & 8; Canada in Canada - Automotive Industry (DSU 21.3(c)), para.20; Argentina in Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c)), para.20*

<sup>68</sup> *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c)), para.11. Note the considerations of the WTO Preamble by the Appellate Body in US - Gasoline, p.30; Brazil - Coconut, p.17; US - Shrimp, paras.129-131, 152-153 and 155. See also the Panel Reports India - Agricultural Products (QRs), Panel Report, para.7.2; Turkey - Textiles & Clothing, Panel Report, paras.9.161-9.163; Brazil - Aircraft (DSU 21.5), Panel Report, para.6.47 footnote 49. On DSU 21.7-21.8 see EC - Bananas (DSU 21.3(c)), para.16*

<sup>69</sup> Suggested by the Arbitrator in *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c)), para.40. See also Canada - Automotive Industry (DSU 21.3(c)), para.19; Chile - Price Band System (DSU 21.3(c)), para.13; US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c)), para.19*

<sup>70</sup> *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c)), paras.44-45; Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c)), para.51*



economic and financial problems'.<sup>71</sup> To another Arbitrator, confronted with developing countries on both sides of the dispute, the interests apparently out-balanced each other.<sup>72</sup> A third Arbitrator seems to exclude the relevance of DSU 21.2 on behalf of other Members.<sup>73</sup> There is indication that Arbitrators are not insensitive to domestic politics in the guise of domestic contentiousness of implementing measures, although only qualified contentiousness would appear relevant.<sup>74</sup>

In respect of granting a shorter period the most important considerations has been previous ability to change comparable legislation expediently<sup>75</sup> and legislative flexibility.<sup>76</sup> As to DSU 21.2 one Arbitrator excluded the relevance hereof having 'difficulty in seeing how the fact that several Complaining Parties are developing country Members should have an effect on the determination of the shortest period possible', which would seem to be contrary to the balancing act undertaken when both disputants are developing countries.<sup>77</sup> Finally, and somewhat curiously, one Arbitrator found that the 'Arbitrators will scrutinise very carefully' the action taken to implement in the period from adoption and 'prior to any arbitration proceedings'; ominously he added that '[i]f it is perceived' that implementation is not 'adequately begun' it is to

<sup>71</sup> *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))*, para.24; *Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c))*, para.51

<sup>72</sup> *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, para.56; *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))* would seem to be a parallel, see below footnote 73.

<sup>73</sup> *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*, para.59

<sup>74</sup> See *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, para.60; *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))*, para.41; *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))*, paras.50-53; *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, paras.47-48; and, *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.61

<sup>75</sup> *Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, paras.13 and 24; *EC - Bananas (DSU 21.3(c))*, para.14; *EC - Hormones (DSU 21.3(c))*, para.18; *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))*, para.14; *Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.26; *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, para.30; *Chile - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.30-31; *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))*, para.8; *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, paras.23-24; *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, para.28; *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, para.32; *Argentina - Hides & Leather (DSU 21.3(c))*, para.34; *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, paras.27-28 and 54; *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*, para.36

<sup>76</sup> *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, paras.38-42; *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))*, para.64; *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, para.49; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.63; *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*, para.36

<sup>77</sup> *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*, para.81; see also *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, para.30. See text accompanying note 72

be expected that the arbitrator will take this into account' in the determination.<sup>78</sup> The implication seems to be that lack of appropriate action should reflect negatively on the period granted Members; this is paradoxical in light of the persistent focus on the domestic legislative/administrative procedures – if nothing has been done, the relevant domestic procedure will more likely than not require more time; this would be relevant only in relation to legislative flexibility.

## 5. Concluding Observations

The most noteworthy aspect of DSU 21.3(c) arbitration is the institutional integration with WTO dispute settlement, which has enabled and influenced the establishment of an authoritative 'DSU 21.3(c) case' law. In addition to the developments demonstrated above parallels with panel and Appellate Body dispute settlement has developed: First, bound by DSU 3.2 to 'clarify the existing provisions' in 'accordance with the customary rules of interpretation of public international law' Arbitrators have adopted an interpretative approach parallel to panels' and the Appellate Body's, namely that codified in the VCLT.<sup>79</sup> Second, previous awards are frequently referred to, as if they constitute precedents.<sup>80</sup> Third, arbitrators, in the exercise of their functions, have not refrained from looking at the broader context of the WTO agreement and the DSU. These institutional and interpretative linkages of DSU 21.3(c) arbitration to the DSU constitute the foundation for designating the range of independent awards 'DSU 21.3(c) case-law' in the first place.

In determining the reasonable period of time arbitrators have focused on the shortest possible period under domestic procedures. This interpretation is

<sup>78</sup> *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))*, para.46; *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*, paras.44-45 *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*, para.40; and, arguably *EC - Bananas (DSU 21.3(c))*, para.13

<sup>79</sup> *EC - Hormones (DSU 21.3(c))*, paras.24-25; *Indonesia - Automobile Industry (DSU 21.3(c))*, para.22; *Canada - Pharmaceutical Patent (DSU 21.3(c))*, paras.46-47; *US - 1916 Anti-Dumping Act (DSU 21.3(c))*, para.32. On the parallel approach in general and in the context of DSU 22.6-7 arbitration see B.T. Daniel, *WTO Adjudication* (forthcoming) Thomson, Section 6.2 'Interpretation of the Covered Agreements'.

<sup>80</sup> Although Members obviously disagree on the relevance of previous awards, compare *Japan - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.26, and *Canada - Patent Protection (DSU 21.3(c))*, paras.50-53, with *Korea - Alcoholic Beverages (DSU 21.3(c))*, para.14, and *US - Section 110(5) (DSU 21.3(c))*, para.25. Recent awards include a 'table of arbitrations cited in this award', see *Chile - Price Band System (DSU 21.3(c))*; *US - Dumping & Subsidy Offset Act (Byrd Amendment)(DSU 21.3(c))*; *EC - Tariff Preferences (DSU 21.3(c))*. See in relation to panel and Appellate Body reports B.T. Daniel, *WTO Adjudication* (forthcoming) Thomson, Section 9.3.4 *in fine*

the most influential step taken by the Arbitrators warranting a few comments: First, the advent of this formula coincides with the departure from the 15 month guideline and increasing detail in the analyses; this signals a degree of departure from the initial perception of the role of DSU 21.3(c) arbitrators. Second, it should be recalled that the formula expressing the narrow focus is an interpretation and not treaty language. Third, nevertheless, and corresponding with the observations above, the influence of this formula, measured by subsequent references hereto and guidance taken herefrom is considerable. Fourth, the range of relevant criteria has been quite narrowly circumscribed, and maybe too narrowly: Subsequent Arbitrators have found it necessary to point out that this did not require resort to extraordinary legislative procedures – which is not obvious given the obligation in WTO XVI:4 to ensure conformity of domestic ‘laws regulations and administrative procedures’ with WTO obligations. Furthermore another award, notably based on Appellate Body interpretations, returned to more basic considerations of flexibility and the need for a case-by-case approach, again a display of detachment from the narrow focus.

Contrary hereto special attention to matters of interests to developing countries is secured under DSU 21.2. Although troubled by the ambiguity of this provision, Arbitrators have been prepared to pay attention to such interests; one reservation is pertinent, however, and illustrates the impact of the narrow focus: The combination of, on the one hand, balancing interests of developing countries against each other and, on the other hand, rejection of the relevance of such interests as regards complainants logically deflates the importance of such interests altogether. Another attempted detachment from the narrow formula can be found in the introduction of the aim of reaching a ‘positive solution’ as an element in the determination.

While future Arbitrators may be tempted to follow the narrow approach, this may well be challenged by particular circumstances of particular cases. True to the wording of DSU 21.3(c) Arbitrators are bound at least to consider such circumstances. In this respect other extra-WTO international obligations would seem to be relevant, and hereby Arbitrators would pay heed to the Appellate Body assertion that the WTO is not to be seen in clinical isolation from public international law.<sup>81</sup>

<sup>81</sup> See *US - Gasoline*, p.16f; *EC - Hormones*, paras.123-124; *Japan - Agricultural Products (Varietals)*, para.81; *US - Shrimp*, paras.129-130

# Strafferetten og den ny EU-forfatning

af

*Thomas Elholm*

Den nye EU-forfatning medfører væsentlige juridiske ændringer vedrørende det politimæssige og strafferetlige samarbejde. På grund af EU-forbeholdet påvirker det imidlertid ikke Danmarks stilling – og dog?

## **1. Mål og midler uændret**

Forfatningen er opdelt i et omfattende net af dele, afsnit, kapitler og afdelinger. Relevant for strafferetten er Del 3, afsnit III, kapitel IV med overskriften: "Et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed". Der er tale om gammelkendte begreber, og målsætningen er ikke ny. EU vil skabe ét fælles retsrum med frihed, sikkerhed og retfærdighed for borgerne (artikel III-158). I dette retsrum skal individets grundlæggende rettigheder overholdes, hedder det i samme bestemmelse. Det er en indirekte henvisning til individets grundrettigheder, som eksplicit fremgår indledningsvis af Forfatningen. Det er ikke nyt, at sådanne rettigheder skal overholdes i EU, men det er nyt, at rettighederne opføres enkeltvis og i deres fulde ordlyd i traktatgrundlaget. Det er tænkeligt – men ikke givet – at dette vil øge fokus på rettighederne og dermed kunne styrke individets retssikkerhed. EF-domstolens kompetence til at fortolke indholdet af rettighederne er i denne sammenhæng en afgørende faktor.

Flere steder i Forfatningen, også vedrørende strafferetten, optræder en passus om, at der skal tages hensyn til landenes forskellige retstraditioner og retssystemer (artikel III-158, III-171 og I-41). Der er vel snarere tale om politiske hensigtserklæringer end om egentlige juridiske bestemmelser, men det er for så vidt et interessant "løfte". Man kunne næsten få den tanke, at farten og intensiteten af strafferettens harmonisering nu skal slækkes. Det er dog næppe sandsynligt, og det er svært at se nogen betydning af dette "løfte".

Forebyggelse og bekæmpelse af kriminalitet står fortsat centralt i EU-samarbejdet (jf. artikel III-158, stk. 3), og midlerne er uændrede:

- 1) Politisamarbejde mellem landene
- 2) Samarbejde om straffesager mellem anklagemyndigheder og domstole i landene
- 3) Gensidig anerkendelse af afgørelser og domme landene imellem
- 4) Indbyrdes tilnærmelse af landenes straffelovgivning

## **2. Ét EU-retsrum – flere redskaber**

I kapitel IV findes to såkaldte "afdelinger", som er specifikt møntet på politi- og strafferetssamarbejde. Politisamarbejdet fremgår af afdeling 5, og her lægges vægten på indsamling og udveksling af oplysninger mellem politimyndigheder samt på fælles tilrettelæggelse og deltagelse i efterforskning. Europol er her tildelt en væsentlig rolle.

Samarbejdet i straffesager fremgår af afdeling 4. Et nøglebegreb her er "*gensidig anerkendelse*", som kræver, at landene videst muligt anerkender hinandens afgørelser og domme, som var de deres egne. Danmark skal altså anerkende og om nødvendigt fuldbyrde f.eks. en bødestraf afgjort i Grækenland. Der er en række undtagelser til princippet, men ideen er, at det skal indføres på stadigt flere områder og med stadigt færre undtagelser. Derved skabes det fælles EU-retsrum, som er hensigten. Et andet nøglebegreb er *harmonisering*. Det går ud på, at de forskellige nationale straffelovgivninger skal tilnærmes hinanden. Også det skal ske – i nødvendigt omfang – for at skabe et fælles EU-retsrum.

Disse to nøglebegreber side om side i Forfatningen vækker uundgåeligt det indtryk, at strafferetten står over for en markant europæisering i de kommende år. Det er næppe et forkert indtryk, men det er værd at tilføje, at Forfatningen ikke udgør nogen radikal ændring af tingenes tilstand på dette punkt. De to begreber eller "redskaber" er nemlig allerede taget i anvendelse. F.eks. har bestemte områder inden for strafferetten, bl.a. bedrageri med EU-midler, længe været under harmonisering, og de sidste 3-4 år har vi set frugterne af EU's arbejde med gensidig anerkendelse af afgørelser og domme, bl.a. den europæiske arrestordre. De *praktiske* implikationer af Forfatningen er derfor – på dette område – muligvis ikke så store.

## **3. Store juridiske ændringer inden for strafferetten**

Når nogle af Forfatningens væsentligste nyskabelser alligevel skal findes på netop strafferettens område, skyldes det, at EU's såkaldte søjlestruktur

nedbrydes, og at de juridiske procedurer og principper dermed ændres. Hidtil har det politimæssige og strafferetlige samarbejde i det væsentlige ligget inden for EU's 3. søjle. Det har med andre ord været et traditionelt folkeretligt samarbejde, uden de overstatslige og føderale træk, som kendes fra EF-samarbejdet inden for 1. søjle. Der har hidtil været krav om enstemmighed og behov for national lovgivning til gennemførelse af EU-straffereglene.

Nu indføres to nye typer af EU-retsakter, nemlig EU-love og EU-rammelove. Lovene minder om de kendte EU-forordninger, mens rammeloventerne minder om EU-direktiver. Forordninger og direktiver er velkendte inden for EU's 1. søjle, men nu bliver de anvendelige også inden for de områder, som tidligere var omfattet af 3. søjle. De vil med andre ord blive taget i anvendelse på strafferettens område. Retsakterne vedtages – som udgangspunkt – med kvalificeret flertal i Rådet. Landene må altså opgive vetoretten. Endvidere vil der kunne komme EU-regler om straf, som gælder umiddelbart i landene, uden mellemkomst af de nationale parlamenter.

#### **4. Balancen mellem føderal og national lovgiver**

Begge de nævnte ændringer er et klart skridt i retning af en føderal strafferet, og de nationale parlamenters rolle svækkes i den forbindelse. Det er vel uundgåeligt, når man betænker, at EU nu består af 25 lande, og at samarbejdet skal kunne fungere uden evindelige stop og krumspring pga. vetoretten. Enhver, der har indsigt i EU's lovgivningsarbejde ved, at et land umuligt kan modsætte sig lovforslag gang på gang. Landene vælger således deres modstand med omhu. Det reducerer værdien af vetoretten i praksis. Vetoretten spiller naturligvis heller ikke så stor en rolle, hvis kommissionen eller formandskabet er meget lydhør over for medlemslandenes indvendinger under forhandlingerne og forsøger en kompromissøgende tekst. Og det må i vidt omfang siges at være tilfældet i praksis.

Men alt andet lige gør flertalsafgørelserne det nu endnu vanskeligere at modsætte sig forslag og/eller at få indføjede undtagelser. Kommissionen og formandskabet véd, at et enkelt land i dag kan modsætte sig et initiativ med det resultat, at det falder bort. Den situation giver en anden lydhørhed over for de enkelte medlemslandenes indsigelser end den situation, hvor der skal flere lande til at vælte et forslag.

Der er i spørgsmålet om balancen mellem føderal og national lovgiver en vis forskel mellem *strafferetligt samarbejde* (afdeling 4) og *politissamarbejde* (afdeling 5). Enstemmighed kræves nemlig fortsat i en række tilfælde i forbindelse med politissamarbejdet, f.eks. ved fastlæggelse af foranstaltninger om *operationelt samarbejde* mellem politimyndigheder (artikel III-176, stk.

3), og i forbindelse med love om *ét lands politiarbejde på et andet lands område* (artikel III-178). I denne henseende giver politisamarbejdet altså større mulighed for national selvbestemmelse end samarbejdet om straffesager.

Omvendt giver samarbejdet om straffesager på visse punkter større mulighed for national indflydelse. Det skyldes, at dette område skal betjene sig af de såkaldte *rammelove* (artikel III-172 om harmonisering af strafferetten). Rammelovene er kun bindende med hensyn til det tilsigtede mål, mens form og indhold er overladt til landene selv. De nationale parlamenter får dermed en vis – om end beskedent – rolle.

På området for politisamarbejdet derimod, anvendes tillige de såkaldte EU-love. De hverken skal eller må implementeres. De gælder umiddelbart i landene og kan derfor siges at have et mere føderalt præg. I så henseende er politisamarbejde mere føderalt.

Hvor stor forskellen faktisk bliver mellem de to typer af retsakter, beror bl.a. på, hvor detaljeret rammelovene udformes. Jo mere detaljerede, jo mindre nationalt spillerum. Hvis det i en rammelov fastsættes, at en nærmere bestemt handling skal være strafbar, og strafferammen skal være minimum sådan og sådan, så overlades der ikke meget spillerum til national lovgiver. Sådan lovgivningsteknik ses allerede i dag på det strafferetlige område.

Et yderligere skridt i føderal retning er EF-domstolens styrkede rolle. I dag kan medlemslandene hver især indvilge i EF-domstolens kompetence til at afgøre fortolkningsspørgsmål vedrørende de strafferetlige retsakter. Danmark har i nogle tilfælde accepteret en sådan kompetence (f.eks. for så vidt angår svigkonventionen fra 1995, inkl. dens protokoller, og Europolkonventionen fra 1995), men generelt har Danmark været tilbageholdende med at overlade EF-domstolen denne kompetence for så vidt angår retsakter om straffet indend for 3. søjle. Med Forfatningen bliver EF-domstolen nu automatisk øverste fortolkningsorgan også for så vidt angår strafferetlige og politirelaterede retsakter. Det kan få stor betydning, fordi Domstolen groft forenklet i højere grad varetager hensyn til øget integration frem for nationale interesser.

## **5. Strafferettens udvikling på særlige fagområder**

Forfatningen åbner mulighed for, at der vedtages strafferetlige regler inden for de enkelte fællesskabsområder, som hidtil har ligget under 1. søjle. Det er f.eks. landbrugsområdet, det indre marked og miljøområdet (artikel III-172, stk. 2). På disse områder har EU groft sagt ikke haft strafferetskompetence. Mange danske gennemførelsesregler på disse områder har netop bestået i regulering af straf i forbindelse med overtrædelse af EU-reglerne. Det er

endnu ikke til at sige, i hvor stor udstrækning EU vil benytte sig af hjemmelen. Ifølge den relevante artikel III-172, stk. 2, skal reguleringen være "absolut nødvendig", på engelsk "essential" og på fransk "indispensable". Man skulle umiddelbart tro, at anvendelsen af denne hjemmel derfor vil være begrænset. Det er dog ikke mit gæt. Også inden for de enkelte fagområder anses straf antageligt for et afgørende element i reguleringen, og der vil hurtigt komme røster, som hævder, at dette vigtige spørgsmål ikke kan overlades til landene selv. Hvis min vurdering holder stik, udgør den nye hjemmel nok en af de væsentligste ændringer set med strafferettens briller. Det skyldes bl.a., at de forskellige fagområder sandsynligvis vil udvikle en særlig EU-strafferetlig regulering, der adskiller sig fra de enkelte landes egen strafferet og måske også vil være forskellig fra fagområde til fagområde. Det skyldes også, at denne nye strafferet formentlig i højere grad vil præges af andre faggrupper end jurister, og dermed af andre hensyn og idealer.

## **6. Beskyttelse af nationale interesser og forskelle**

Der er indbygget en række bestemmelser vedrørende det strafferetlige samarbejde, som til dels afbøder svækkelsen af de nationale parlamenters og regeringers indflydelse. Artikel 41, stk. 2, bestemmer, at de nationale parlamenter kan deltage i den evalueringsmekanisme, som fremgår af artikel III-161, samt inddrages i kontrollen med Europol og Eurojust (jf. artikel III-177 og III-174).

Endvidere er der mulighed for på dette område, at landene selv – og ikke kun Kommissionen – kan tage initiativ til lovforslag. Det skal dog være på initiativ af ¼ af landene, jf. artikel III-165.

De nye forhandlinger om Forfatningen fra dette forår har medført visse ændringer på det strafferetlige område. Det er navnlig ændringer, som styrker de nationale interesser. Ifølge artikel III-158 – der indleder 4. afdeling – skal EU-reguleringen med "respect for... different legal traditions and systems". I artikel III-171, stk. 2, der vedrører gensidig anerkendelse af afgørelser og domme m.m., er der indsat en ny linje. Det hedder heri, at de vedtagne retsakter skal tage hensyn til forskelle mellem retstraditioner og retssystemer i landene. I samme artikel er indsat en ny bestemmelse om, at hvis et land anser reguleringen for stridende mod landets fundamentale retsprincipper, så kan proceduren suspenderes, og sagen tages op i Det Europæiske Råd. Rådet kan derefter enten sende forslaget retur eller kræve et nyt forslag udarbejdet. Samme bestemmelse er indsat i artikel III-172 om harmonisering af strafferetten. Der er næppe tale om bestemmelser, som landene kan gøre brug af i stor udstrækning, men en dør på klem for "nødstilfælde", og dermed en vis bibeholdelse af vetoretten.



## **7. Klar kompetencefordeling**

Et afgørende element i Forfatningen er spørgsmålet om en klar kompetencefordeling mellem EU-lovgiver og de nationale lovgivere. Det er spørgsmålene om, hvilke områder EU kan beskæftige sig med og hvordan. Der er gjort en hel del for at klargøre dette. I artikel 11 og frem er opstillet såkaldte kompetencekategorier. På nogle områder er EU enekompetent, på andre er der delt kompetence osv. Det fremgår nærmere, hvad de enkelte kategorier betyder.

Der er alligevel fortsat nogle områder, hvor der hersker usikkerhed. Det er vel i praksis uundgåeligt, men ikke helt uproblematisk. Juridiske og politiske slagsmål om kompetence kan kaste grus i maskineriet. Inden for strafferettens område er der flere uklarheder. F.eks. defineres i artikel III-172 de kriminalitetsområder, som kan give anledning til harmonisering af strafferetten. Det er i det store og hele samme områder, som allerede fremgår af den nugældende EU-traktat. Men nu, som i fremtiden, er emneområderne uskarpt afgrænset. F.eks. anvendes det meget brede og uklare begreb ”organiseret kriminalitet”.

En alt for skarpt afgrænset kompetence kan imidlertid også være problematisk. Det er nok nødvendigt at sikre EU en vis tilpasningsdygtighed, så ikke ethvert behov for udvidelse af kompetencen kræver en forfatningsændring. I Forfatningen er derfor indlagt flere muligheder for en ”smidig” kompetenceudvidelse. Når det drejer sig om harmonisering af strafferetten, er der således givet Rådet mulighed for ved enstemmighed og med godkendelse fra Europa-Parlamentet at vedtage nye kriminalitetsområder, som skal være omfattet af artikel III-172. Der er tale om en gummibestemmelse, som formentlig har en stor fremtid.

## **8. Danmarks stilling**

Spørgsmålet er, om Danmarks EU-forbehold gør alle disse overvejelser om forholdet mellem landenes suverænitet og EU’s kompetence irrelevant. Danmarks forbehold betyder nemlig, at Danmark ikke kan deltage i det strafferetlige samarbejde, som Forfatningen lægger op til – i hvert fald ikke på lige fod med de andre lande. Der er derfor udarbejdet en protokol til Forfatningen om Danmarks stilling. Her hedder det, at Danmark ikke er bundet af bestemmelserne om dette samarbejde, dvs. af bestemmelserne i Forfatningens del 3, afsnit III, kapitel IV.

Hidtil har Danmark siddet med ved forhandlingsbordet og deltaget på lige linje med de andre lande i det strafferetlige samarbejde. Det skyldes, at forbeholdet ikke forhindrer Danmark i at vedtage retsakter om straf på

almindeligt *folkeretligt grundlag*. Men med Forfatningen får den EU-strafferetlige regulering et mere føderalt præg. Der kommer flertalsafgørelser og EU-retsakter, som gælder umiddelbart i landene. Dermed kommer det strafferetlige samarbejde til at ligne det traditionelle EF-samarbejde inden for 1. søjle, og en sådan organisering af strafferetten strider mod EU-forbeholdet. Hertil kommer strafferetten på de mange enkelte fagområder, som også vil foregå efter det supranationale regime. Danmark må derfor stå udenfor.

Imidlertid vil der formeligt blive skabt mulighed for, at Danmark fra sag til sag kan tage stilling til, om man vil deltage. Der er tale om en såkaldt "opt-in" klausul, i lighed med den som Irland og Storbritannien har på en række områder, bl.a. vedrørende asyl og indvandring. Denne mulighed vil dog kræve en ændring af det danske forbehold ved en folkeafstemning. Hvis den vælges, vil Danmark kunne deltage i både forhandling og afstemning om de pågældende regler, og Danmark bindes da på overstatsligt grundlag i lighed med de øvrige lande, herunder af EF-domstolens afgørelser vedrørende de pågældende retsakter (jf. artikel 2 og 6 i det foreliggende udkast til »Annex to Protocol on Denmark«). Opt-in klausulen for Storbritannien og Irland giver dog også mulighed for *ikke* at deltage i forhandling og afstemning, men blot tilslutte sig efterfølgende ved parallelaftale. Der er med andre ord tale om en ganske privilegeret særstatus, hvor Danmark har store muligheder for at springe til og fra efter behag. Skal Danmark fortsat opfattes som en seriøs samarbejdspartner, kræver det dog i praksis en gennemtænkt udnyttelse af disse muligheder, f.eks. vil Danmark næppe ret ofte kunne tillade sig at benytte opt-in muligheden og deltage i forhandlingerne, for derefter at kræve en masse undtagelser og forbehold eller måske endog melde sig ud kort inden afstemningen, fordi forhandlingsresultatet ikke smager.

## **9. Forbeholdets fremtid**

Når politikere vil vise, at de "gør noget" ved kriminaliteten, er strafferetlig regulering et yndet redskab, selvom det har negative bivirkninger og sjældent løser problemet. Også når politikere mødes i EU-regi vil de gerne vise, at de "gør noget". Det strafferetlige arbejde i EU er således på mange måder en ekstra og forstærket indsats af de enkelte landes strafferet. Kriminalpolitikken ligner den, som er fremherskende i mange EU-lande, herunder Danmark, nemlig hårdere straffe på stadigt flere områder. Det er med andre ord let at blive enige i EU om at "gøre noget".

Disse faktorer gør det efter min mening sandsynligt, at Danmark vil have del i den strafferetlige EU-kage. Den er ganske enkelt bagt efter en opskrift, som smager flertallet af danske politikere. Danmark vil derfor benytte sig af en evt. "opt-in" klausul, på samme måde som Danmark fuldt ud har benyttet

sig af "opt-in" for så vidt angår Schengenreglerne. Når vi alligevel vil have mest mulig del af kagen, så kan vi lige så godt være med ved bordet, når den skal bages, dvs. når der skal forhandles og afstemmes. Forudsat, at en folkeafstemning giver grønt lys for en sådan "opt-in", vil Forfatningens nye regler på det strafferetlige område derfor kunne få ganske stor betydning for Danmark.

Om det sker, vil EU-forbeholdet formentlig få ringe praktisk effekt. Heri er dog intet nyt. Det har haft ringe praktisk effekt, siden det blev aftalt med EU. Men Danmark vil bevare muligheden for at sige nej tak, og om ikke andet er det naturligvis en principielt vigtig forskel.

## Strafferetlige overvejelser i anledning af den tyske »kannibal-sag«<sup>1</sup>

af

*Birgit Feldtmann*

Straffesager tiltrækker ofte en vis offentlig interesse. Kriminalitet sælger aviser, og hvis en lovovertrædelse er af en mere grov karakter, vil vi sandsynligvis se den omtalt i medierne. Men nogle straffesager tiltrækker meget mere opmærksomhed end det sædvanlige. En af disse sager er en tysk drabssag: Sagen adskiller sig fra andre drabssager ved, at tiltalte og ofret havde en form for aftale om drabet og at tiltalte efter drabet spiste af ofrets kød.

Sagen er i de tyske medier blevet døbt som sagen mod »kannibalen fra Rotenburg« og også i andre landes mediedækning er fokus især rettet mod kannibalisme-elementet. Sagen er i danske medier blevet dækket i stort omfang og læseren spørger muligvis, hvorfor han/hun nu igen skal blive konfronteret med sagen. Skal juridiske publikationer nu også sælges gennem opsigtsvækkende sager?

Grunden til at behandle sagen er imidlertid ikke dens opsigtsvækkende karakter – det er især to aspekter, som begrundet en faglig interesse for sagen:

- For det første har sagen i Tyskland givet anledning til nogle generelle betragtninger om strafferetten og dens begrænsninger. Den har også givet anledning til at rette opmærksomheden på systemet af drabsdelikter i den tyske straffelov (*Strafgesetzbuch, StGB*).
- For det andet giver sagen anledning til at få et indblik i tysk juridisk tænkning, hvilket ofte ikke er helt uinteressant for danske (strafferechts)jurister.

<sup>1</sup> Artiklen baser på et foredrag holdt på strafferetslærerseminaret 2004 på Sandbjerg Gods den 26.08.2004.

I det følgende vil der efter en kort redegørelse for sagens baggrund og faktum blive rettet fokus mod nogle centrale spørgsmål, som rejses i forbindelse med sagen. Dette vil først og fremmest ske ud fra det tyske perspektiv, men opmærksomheden vil også blive rettet mod nogle forskelle mellem det danske og tyske retssystem.

## 1. Overblik over sagen

I sagen er T tiltalt for at have dræbt O og efterfølgende have spist af dennes kød. Sagen blev behandlet i første instans ved *Landgericht (LG) Kassel* i løbet af vinteren 2003/2004, og dommen faldt den 30. januar 2004. Dommen er blevet anket. Dommen i første instans er ikke – endnu? – offentliggjort, men relativ grundigt refereret i den seriøse del af den tyske presse.<sup>2</sup>

### 1.1. Sagens baggrund

Efterforskningen i sagen indledtes på grund af en anmeldelse fra en østrigsk student, som gjorde politiet opmærksom på, at der på Internettet fandtes nogle hjemmesider, som vedrørte fantasier omkring kannibalisme, og hvor en person åbenbart i al alvor ledte efter andre personer, som indvilligede i at lade sig »slagte«.

Under efterforskningen fandt efterforskningsmyndighederne frem til T, som havde ledt efter »slagtningobjekter«. T var en dertil upåfaldende mand på 42 år, som efter sin mors død levede alene i familiens store hus. Under efterforskningen mod T fandt politiet frem til ca. 10 kg menneskekød, som T havde opbevaret i sin fryser, og 3 videobånd, som indeholdt optagelser af T og offeret O under drabsforløbet. Derudover fandt politiet frem til elektronisk kommunikation blandt andet mellem T og O, i hvilken de delte deres fantasier med hinanden og lavede aftaler omkring det senere drabsforløb.

### 1.2. Sagens faktum

T og O mødte hinanden via Internettet i forbindelse med nogle hjemmesider/chatrooms, som blandt andet behandler fantasier omkring »slagting« af mennesker og kannibalisme. O havde nogle fantasier om sin egen kastration, om at blive bidt og omkring sin egen død. T's fantasier var rettet mod at »slagte« og partere et andet menneske efter »slagtekunstens regler«. Han havde også fantasier om at spise af et andet – mandligt – menneskes kød.

<sup>2</sup> For eksempel af den i Tyskland meget anerkendte domstolsjournalist Gisela Friedrichsen i *Der Spiegel* nr.6/02.02.2004, s. 44-46. Yderlige benyttes her domsreferater i *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31.01.2004, s. 7 og i *Süddeutsche Zeitung*, 31.01./01.02.2004, s. 3.

Begge blev enige om, at de ville udføre deres fantasier i virkeligheden. O rejste fra sin hjemby på en enkeltbillet til T's hus, hvor T havde indrettet et »slagtelokale«. De begyndte at udleve en del af deres fantasier: T bed O, hvilket gjorde for ondt til, at O kunne holde det ud. O's hovedfantasi var sin egen kastration, og han tvivlede på, at T vil gennemføre denne. O ønskede at afbryde seancen og tog sammen med T tilbage til stationen. T overtalte dog O til at fortsætte, og begge tog tilbage til T's hus. O indtog nogen smertestillende medicin og alkohol for at berolige sig selv. Efterfølgende kastrerede T O. Efter kastrationen blødte O stærkt, og han mistede senere bevidstheden. Efter ca. 10 timers forløb endte T O's liv med knivstik. Han parterede O's lig og nedfrøs ca. 30 kg af dennes kød. Efterfølgende spiste han ca. 20 kg af O's kød, og så gentagede gange på videooptagelserne fra forløbet.<sup>3</sup>

## **2. Hvilke strafferetlige overvejelser giver sagen anledning til?**

Som nævnt ovenfor, har begivenhederne omkring O's død været dokumenteret på videobånd og elektronisk kommunikation. Yderligere har T i stort omfang bidraget til opklaringen blandt andet ved at afgive omfattende forklaringer om forløbet. Den centrale problemstilling i sagen vedrører derfor ikke bevismæssige spørgsmål med hensyn til begivenhedsforløbet, men spørgsmål som vedrører den strafferetlige vurdering af det skete: Hvordan kan strafferetssystemet reagere, hvis det bliver konfronteret med en drabssag, hvor der foreligger en aftale mellem ofret og gerningsmanden om drabsforløbet, og som indeholder et element af kannibalisme? I det følgende vil tre spørgsmål, som blev stillet i forbindelse med sagen i Tyskland blive behandlet.

### *2.1. Er det efter tysk ret strafbart at spise (dele) af et andet menneske?*

Et af de spørgsmål, som i forbindelse med sagen fik en særlig opmærksomhed i den offentlige debat, var, om kannibalisme er strafbart i Tyskland. Hverken i den tyske straffelov (*Strafgesetzbuch, StGB*) eller i speciallove findes en udtrykkelig kriminalisering af at spise menneskekød. I forbindelse med sagen blev det dog diskuteret, hvorvidt spisning af kød fra et dødt menneske kunne straffes efter § 168 StGB, hvilken kriminaliserer »forstyrrelse af de afdødes ro«:

<sup>3</sup> Referatet af sagens baggrund og faktum er baseret på beskrivelser i *Der Spiegel* nr.6/0202.2004, s. 44-46, i *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31.01.2004, s. 7 og 31, og i *Süddeutsche Zeitung*, 24./25.01.2004, s. 10, 27.01.2004, s. 10, og 31.01./01.02.2004, s. 3.

#### § 168 Störung der Totenruhe

(1) Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen oder die Asche eines verstorbenen Menschen wegnimmt oder wer daran beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine Aufbahrungsstätte, Beisetzungsstätte oder öffentliche Totengedenkstätte zerstört oder beschädigt oder wer dort beschimpfenden Unfug verübt.

(3) Der Versuch ist strafbar.

§ 168 StGB er en bestemmelse, som har visse lighedstræk med § 139, stk. 1 i den danske straffelov<sup>4</sup> Formålet med § 168 StGB er, at beskytte pieteten omkring de afdøde og deres begravelsessteder samt en beskyttelse af den afdødes personlige værdighed og rettigheder (*Persönlickeitsrecht*), som også efter døden kan have en vis virkning.<sup>5</sup> Stk. 1 kriminaliserer to væsentlige handlinger: For det første borttagelse af liget eller af dele af den afdødes krop m.m., og for det andet en form for nedværdigende behandling/ærekrænkelse af den døde eller dele af denne. Stk. 2 kriminaliserer derimod forskellige former af forstyrrelse af begravelsessteder og lignede.<sup>6</sup>

##### 2.1.1. § 168, stk. 1, 1. led StGB

Den første variant af stk. 1 vedrører situationer, som ligner tyveri. Efter tysk opfattelse kan lig – eller dele af et lig – ikke ligestilles med »fremmede ting«, hvilket udelukker anvendelsen af tyveribestemmelsen, § 242 StGB.<sup>7</sup> Gerningsbeskrivelsen i § 168 StGB omfatter uberettiget borttagelse af liget (eller dele af liget) fra den berettigedes varetægt. Forudsætning for anvendelsen af § 168, stk. 1, 1. led StGB bliver i den tyske retsvidenskabelige litteratur diskuteret: En del af den strafferetlige teori argumenterer for, at det er nødvendigt for realisering af gerningsindholdet, at den berettigede (for eksempel den afdødes familie eller bedemanden) faktisk har haft liget i sin varetægt og ikke kun har været berettiget til varetægt.<sup>8</sup> Den anden del af den strafferetlige teori

<sup>4</sup> Vedrørende straffelovens § 139 se Kommerteret straffelov, speciel del, 7. udgave, 2001, s. 80.

<sup>5</sup> Lencker, Theodor i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. udgave, 2001, s. 1372 (vor § 166 Rdnr.2).

<sup>6</sup> Joecks, Wolfgang, Studienkommentar StGB, 5. udgave, 2004, s. 309 f (§ 168 Rdnr. 3 ff.).

<sup>7</sup> Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, delbind 2, 8. udgave, 1999, s.132 (§ 168 Rdnr.10). Dog kan lig eller dele af et lig blive til genstande, således at deres bortskaffelse kan blive straffet som tyveri, hvis liget f.eks. er præpareret til undervisningsformål og har en markedsværdi.

<sup>8</sup> Lencker, Theodor i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. udgave, 2001, s. 1382 f. (§ 168 Rdnr.4 og 6).

fortolker derimod varetægtskravet mere som en ret til varetægt<sup>9</sup>, hvilket betyder, at borttagelsen kan bryde varetægten, selv om den berettigede ikke har haft adgang til liget.

I den beskrevne sag har T ikke bortskaffet liget fra et andet sted, for eksempel et hospital eller en bedemand, men parteret liget på drabsstedet og gemt dele af liget i fryseren. Ifølge den første argumentation vil det betyde, at hans handlemåde ikke kan være omfattet af § 168, stk.1, 1. led StGB, da ingen berettiget person har opnået varetægt. Følger man derimod den anden fortolkning af bestemmelsen, kan T's aktivitet være omfattet af gerningsbeskrivelsen. I dette tilfælde vil det dog være nødvendigt at undersøge, hvorvidt O's samtykke i forløbet betyder, at den mulige bortskaffelse ikke var retsstridig og derfor ikke kan straffes jf. § 168, stk.1, 1. led StGB.<sup>10</sup>

#### 2.1.2. § 168, stk.1, 2.led StGB

Den anden mulige strafbegrundelse i forbindelse med partering af et menneskelig og efterfølgende spisning af kødet kan findes i § 168, stk.1, 2. led StGB. Denne bestemmelse kriminaliserer, at en person ved et lig eller dele af et lig udøver »usømmelige/krænkende uvæsen« (*beschimpfender Unfug*). Den strafbare handling er at udsætte den afdøde for en særdeles pietetsløs og rå behandling. Denne pietetsløse og rå behandling skal være udtryk for gerningspersonens foragt for den afdøde.<sup>11</sup> Det foreligger efter domstolenes fortolkning af bestemmelsen dog ikke »usømmelige/krænkende uvæsen«, hvis en gerningsperson efter et drab alene parterer et lig for at kunne bortskaffe offeret. Formålet med handlingen skal være at udtrykke sin foragt for den afdøde. Hvis dette ikke er formålet med en – objektiv set – krænkende handling, kan § 168, stk.1, 2.led StGB ikke anvendes.<sup>12</sup>

Den tiltalte i den omhandlede sag, har under domsforhandlinger erklæret, at han havde handlet ud fra respekt for O og O's ønsker, og at hans handlinger efter O's død var aftalt i mellem de to.<sup>13</sup> Hvis domstolen forudsætter, at T's udsagn er sandt, så er det tvivlsomt, om det kan konstateres, at T's handling var et udtryk for foragt for O. Et andet centralt spørgsmål er, hvorvidt det udelukker strafansvar efter § 168, stk.1, 2. led, hvis den senere afdøde på for-

<sup>9</sup> Herzog, Felix i Neumann, Ulfried/ Puppe, Ingeborg/Schild, Wolfgang (red.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, bind 4, § 168 Rdnr.2.

<sup>10</sup> Vedrørende samtykkespørgsmålet se Lencker, Theodor i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. udgave, 2001, s. 1383 f. (§ 168 Rdnr.8).

<sup>11</sup> Lencker, Theodor i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. udgave, 2001, s. 1385 (§ 168 Rdnr.10).

<sup>12</sup> BGH NSTZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 1981, s. 300.

<sup>13</sup> *Der Spiegel* nr.6/02.02.2004, s. 44 ff.



hånd erklærer sig indforstået med handlinger mod sit lig, som kan anses som krænkende og pietetsløse.

### 2.1.3. Kan § 168 StGB anvendes, hvis en person spiser af en afdøds kød?

Som den korte gennemgang af § 168, stk.1 StGB har illustreret, kan spørgsmålet om kriminaliseringen af partering af lig og spisning af menneskekød ikke besvares entydigt. Det er strafbart, at skaffe sig menneskekød til spisning ved at bortskaffe et lig eller dele af et lig fra den berettiges varetægt. Det er også strafbart at partere et lig og spise af kødet, hvis dette indebærer en krænkende handling, som netop skal udtrykke gerningspersonens foragt for den afdøde. Men i mere komplekse situationer er spørgsmålet om strafansvar tvivlsomt.

I den beskrevne sag fremgår det af domsreferatet i *Der Spiegel*, at *LG Kassel* under den mundtlige domsafsigelse har udtrykt, at domstolen ikke anser det som foragt for offeret, hvis man vil spise dele af liget. T's handlemåde blev anset som en krænkelse af pieteten og som en gerning, som reducerede O til et objekt for T's ønsker, men formålet med T's aktiviteter efter døden var efter domstolens opfattelse ikke at vise foragt for O.<sup>14</sup> Det betyder, at domstolen ikke mente, at § 168, stk.1. 2. StGB led kunne anvendes i sagen mod T.<sup>15</sup>

T's spisning af O's kød begrunder dermed ikke i sig selv strafansvar. Det vil vise sig i ankesagen, om denne fortolkning opretholdes. En konsekvens af domstolens fortolkningen af § 168 StGB er, at man på nuværende tidspunkt kan påstå, at spisning af menneskekød (kannibalisme) ikke er kriminaliseret i Tyskland.

### 2.2. Hvilket drabsdelikt realiseres, hvis en person »slagter« et andet menneske efter aftale?

Under straffesagen mod T i første instans opstod der ingen tvivl om, at T forsætligt har afsluttet O's liv. Men hvilken drabsbestemmelse anvendes i en sag som denne? Hvilken rolle spiller O's samtykke i begivenhedsforløbet?

I forbindelse med O's død bliver tre former for forsætligt drab overvejet: Forsvaret fokuserer på, at O frivilligt havde stillet sig til rådighed og samtykket i at blive dræbt. Forsvaret procederede derfor, at begivenhedsforløbet

<sup>14</sup> *Der Spiegel* nr.6/02.02.2004, s. 44.

<sup>15</sup> Dette fremgår ikke direkte af domsreferatet i *Der Spiegel* nr.6/02.02.2004, s. 44 ff., men er den klare konsekvens af domstolens argumentation. Denne konklusion bliver også bekræftet af domstolens position i forbindelse med selve drabshandlingen, se nærmere i afsnit 2.2.3.

var omfattet af § 216 StGB,<sup>16</sup> en bestemmelse, som kriminaliser »drab efter begæring«, og som kan sammenlignes med § 239 i den danske straffelov<sup>17</sup>:

§ 216 Tötung af Verlangen

(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Anklagemyndigheden mener derimod ikke, at § 216 StGB er realiseret og procederede for anvendelsen af »mordbestemmelsen«, § 211 StGB,<sup>18</sup> hvilket er den alvorligste drabsbestemmelse, som findes i tysk strafferet:

§ 211 Mord

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.

§ 211 StGB er en drabsbestemmelse, som ikke findes tilsvarende i dansk ret. Den indeholder særlige elementer i gerningsbeskrivelsen (»mord-elementer«), som hver for sig begrunder, at den mest strafværdige form for forsætligt drab er realiseret.<sup>19</sup> Hvis ingen af »mord-elementerne« er realiseret, så er forsætligt drab kriminaliseret i den »almindelige« drabsbestemmelse, § 212 StGB, som kan sammenlignes med § 237 i den danske straffelov<sup>20</sup>:

§ 212 Totschlag

(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

<sup>16</sup> *Süddeutsche Zeitung*, 27.01.2004, s. 10.

<sup>17</sup> Vedrørende straffelovens § 239 se Kommitteret straffelov, speciel del, 7. udgave, 2001, s. 278 f.

<sup>18</sup> *Süddeutsche Zeitung*, 27.01.2004, s. 10.

<sup>19</sup> Schneider, Hartmut i Miebach, Klaus/Sander, Günther (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, bind 3, 2003, s. 354 f. (§ 211, Rdnr.7 f.).

<sup>20</sup> Vedrørende straffelovens § 237 se Kommitteret straffelov, speciel del, 7. udgave, 2001, s. 275 f.

### 2.2.1. Det tyske system af drabsdelikter

Spørgsmålet om, hvilken drabsbestemmelse, der er realiseret i sagen, er relevant på grund af den forskellige straftrussel, som er forbundet med de forskellige bestemmelser: »Drab efter begæring« (§ 216 StGB) er den mildeste form for forsætligt drab med en strafferamme mellem 6 måneders og 5 års frihedsstraf. Overtrædelsen af »mordbestemmelsen« (§ 211 StGB) kan derimod efter ordlyden kun straffes med den hårdeste sanktion, som det tyske retssystem anvender: frihedsstraf på livstid. Hvis den »almindelige« drabsbestemmelse (§ 212 StGB) er realiseret, er strafferammen mellem 5 og 15 års frihedsstraf,<sup>21</sup> eller – hvis der drejer sig om en »særlig alvorlig sag« – livstid (§ 212, stk.2 StGB). Yderligere indeholder § 213 StGB en strafferamme mellem 1 og 10 års frihedsstraf, hvis der foreligger en »mindre alvorlig« drabssag.

Det er i Tyskland et særdeles omdiskuteret emne, hvad forholdet mellem »mordbestemmelsen«, den »almindelige« drabsbestemmelse og »drab efter begæring« er. Den dominerende retsvidenskabelige teori (*herrschende Lehre*) fortolker den »almindelige« drabsbestemmelse som den grundlæggende drabsbestemmelse. »Mordbestemmelsen« er efter denne opfattelse en kvalifikation af den »almindelige« drabsbestemmelse, som med sine særlige »mord-elementer« begrunder livstid. »Drab efter begæring« anses som en privilegering af den grundlæggende »almindelige« drabsbestemmelse, som foreskriver en mindre sanktion, hvis offeret har begæret drabet. § 212, stk.2 og § 213 StGB tildeles ingen selvstændig betydning, men opfattes som strafudmålingsbestemmelser.<sup>22</sup>

Den tyske domspraksis med den højeste (straffe- og civilretlige) domstol *Bundesgerichtshof (BGH)* i spidsen arbejder med en anden model vedrørende forholdet mellem de forsætlige drabsbestemmelser. Både »mord« og »drab efter begæring« fortolkes ikke som bestemmelser, der bygger på den »almindelige« drabsbestemmelse, men som selvstændige bestemmelser med hver sit eget strafbegrundende indhold.<sup>23</sup> Denne fortolkning betyder blandt andet, at strafnedsættelsesgrunden i § 213 StGB ikke kan finde anvendelse ved overtrædelsen af »mordbestemmelsen«.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Det fremgår ikke direkte af § 212 StGB, at den øverste grænse er 15 års fængsel. Dette er dog en konsekvens af § 38, stk.2 StGB, som fastsætter den øverste grænse for en tidsbestemt frihedsstraf til 15 år.

<sup>22</sup> Schneider, Hartmut i Miebach, Klaus/Sander, Günther (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, bind 3, 2003, s. 344 f. og s. 347 ff. (vor § 211, Rdnr. 132 og Rdnr. 138 ff.).

<sup>23</sup> Vedrørende § 211 StGB bygger den eksisterende praksis på BGHSt 1, 368 (370 ff.), og vedrørende § 216 på BGHSt 2, 258 (258 ff.).

<sup>24</sup> BGHSt 30, 105 (120).

Den danske jurist spørger muligvis, hvor relevant denne kort opridsede forskel i fortolkningen af forholdet mellem drabsbestemmelserne er. Er spørgsmålet af ren akademisk natur og et udtryk for en tysk forkærlighed for dogmatiske diskurser? Svaret er, at diskussionen ikke kun har en teoretisk interesse: Medens forskellen mellem de to opfattelser ingen praktisk relevans har i forbindelse med forholdet mellem den »almindelige« drabsbestemmelse og »drab efter begæring«, er spørgsmålet om forholdet mellem »almindeligt« drab og »mord« afgørende for situationer med flere deltagere i drabet.<sup>25</sup>

Baggrunden for den praktiske betydning af forskellen i fortolkningen af forholdet mellem »mord« og »almindeligt« drab ligger i det tyske medvirkenssystem. I modsætning til det danske strafferetssystem, som arbejder med det såkaldte »*Einheitstäter*«-system, hvor ethvert bidrag til og enhver deltagelse i lovovertrædelsen straffes selvstændig jf. straffelovens § 23, bygger tysk strafferet på et medvirkenbegreb, som skelner mellem hovedpersoner og deltagere.<sup>26</sup> Det tyske system definerer i § 25 StGB »hovedmandskab« (*Täterschaft*) i tre former: »Hovedmandskab« foreligger, hvis personen realiserer gerningsbeskrivelsen selv (*Alleintäterschaft*) eller igennem en anden (uvidende) person (*mittelbare Täterschaft*) eller i sammenarbejde med en eller flere personer (*Mittäterschaft*). Deltagelse (*Teilnahme*) foreligger, hvis en person enten anstifter en anden person til at begå en lovovertrædelse (*Anstiftung*), § 26 StGB, eller hvis en person bidrager til en anden persons lovovertrædelse (*Beihilfe*), § 27 StGB. For begge former for deltagelse gælder, at de er accessoriske. Det vil sige, at deltagelse er knyttet til en hovedgerning og derfor kun kan komme på tale, hvis der foreligger en forsætlig og retsstridig lovovertrædelse begået af en hovedperson.<sup>27</sup>

For striden vedrørende forholdet mellem »mord« og »almindeligt« drab er det tyske system af hovedpersoner og deltagere relevant, fordi fortolkningen af forholdet påvirker, hvordan en deltagende person kan straffes. Denne meget komplekse problemstilling kan med et kort eksempel illustreres:<sup>28</sup>

B vil dræbe sin kone K. Hans motiv for drabet forbliver uklart. Han hyrer A, som erklærer sig indforstået i at dræbe K, efter han har fået tilbudt € 50.000,-. A dræber K.

<sup>25</sup> Schneider, Hartmut i Miebach, Klaus/Sander, Günther (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, bind 3, 2003, s. 345 ff. (vor § 211, Rdnr. 135 ff.).

<sup>26</sup> Greve, Vagn, *Det strafferetlige ansvar*, 2 udgave, 2004, s. 161 f. og Nielsen, Gorm Toftegaard, *Strafferet 1, Ansvar*, 2. udgave, 2004, s. 198 ff.

<sup>27</sup> Cramer, Peter/ Heine, Günter i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. udgave, 2001, s. 458 f. (vor § 25 ff. Rdnr. 1 f.).

<sup>28</sup> Eksemplet er taget fra Joecks, Wolfgang, *Studienkommentar StGB*, 5. udgave, 2004, s. 368 (Vor § 211 Rdnr. 10).

I denne sag er A hovedperson, idet han dræber K. Hans motiv er at tjene € 50.000,-, hvilket opfylder kriteriet »grådighed« (*Habgier*) i § 211, stk.2 StGB.<sup>29</sup> A straffes derfor for »mord«, hvilket betyder, at han sanktioneres med livstid. Det kontroversielle spørgsmål er imidlertid, hvordan kriteriet »grådighed«, som kun foreligger hos hovedpersonen A, påvirker B's strafansvar. Hvis man går ud fra, at B ikke selv opfylder et kriterium, som begrundet strafansvar efter »mordbestemmelsen«, så vil teoriens opfattelse betyde, at B ikke straffes for anstiftelse (§ 26) til »mord« jf. § 211 StGB, men for anstiftelse til »almindeligt« forsætligt drab, § 212. Det er en konsekvens af § 28, stk.2 StGB, som bestemmer, at et kvalificerende personligt element i gerningsbeskrivelsen (her »grådighed«) kun finder anvendelse hos den person, hvor elementet foreligger. Accessoriteten mellem hovedpersonen og deltager bliver her opblødt.<sup>30</sup> Domstolene vil derimod dømme B for anstiftelse til »mord« (§ 26, § 211 StGB), da deres fortolkning medfører, at »grådighed« ikke anses som et kvalificerende, men et strafbegrundende personligt element i gerningsbeskrivelsen i § 211 StGB. Dermed anvendes § 28, stk.1 StGB som forudsætter, at deltageren straffes efter den samme bestemmelse som hovedpersonen og dermed opretholder accessoriteten.<sup>31</sup> § 28, stk.1 StGB indeholder dog en obligatorisk strafnedsættelsesgrund for deltageren.<sup>32</sup>

### 2.2.2. § 216 StGB

Uanset teoriens og domstolenes kontrovers vedrørende systemet i forbindelse med forsætlige drabsdelikter, hersker der i Tyskland dog rimelig enighed om, at realiseringen af gerningsindholdet i § 216 StGB udelukker anvendelse af andre forsætlige drabsbestemmelser.<sup>33</sup> Det er et centralt aspekt i sagen mod T, som betyder, at hvis domstolen følger forsvarets argument, at T's drab af O skete efter O's begæring og derfor er omfattet af § 216 StGB, så kan T ikke idømmes en højere straf end 5 års frihedsstraf.

Det væsentlige element i gerningsbeskrivelsen i § 216 StGB er, at det senere drabsoffer udtrykkelig og alvorligt begærer drabet og dermed »bestemmer« gerningsmanden til drabet. »Drab efter begæring« er ikke alene reali-

<sup>29</sup> Eser, Albin i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. udgave, 2001, s. 1693 (§ 211 Rdnr.17).

<sup>30</sup> Joecks, Wolfgang, Studienkommentar StGB, 5. udgave, 2004, s. 368 f. (Vor § 211 Rdnr. 12 f.)

<sup>31</sup> Joecks, Wolfgang, Studienkommentar StGB, 5. udgave, 2004, s. 368 (Vor § 211 Rdnr. 11).

<sup>32</sup> Cramer, Peter i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. udgave, 2001, s. 529 (§ 28 Rdnr. 25).

<sup>33</sup> Schneider, Hartmut i Miebach, Klaus/Sander, Günther (red.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, bind 3, 2003, s. 345 (vor § 211, Rdnr. 135).

seret, hvis offeret kun har givet samtykke til sin egen død. Kravet er, at offeret har påvirket gerningspersonens beslutning. »Drab efter begæring« kan dog være realiseret, hvis gerningspersonen har overvejet drabet, men først påbegynder udførelsen efter ofrets påvirkning.<sup>34</sup>

Et vigtigt spørgsmål i forbindelse med § 216 StGB er, hvordan samtykkeelementet vurderes, hvis offeret på grund af (sinds-) sygdom er ude af stand til at disponere over sine egne retsgoder. Den strafferetlige lære i forbindelse med samtykke udelukker, at samtykket kan føre til straffrihed, hvis det er givet af en person, som er ude af stand til at overskue samtykkets konsekvenser. I sammenhæng med »drab efter begæring« betyder det, at der ikke er tale om en »alvorlig« begæring, hvis samtykket er givet af en person, som for eksempel vurderes som utilregnelig.<sup>35</sup>

Under domsforhandlingen i første instans kom det frem, at T tidligere havde haft besøg af mænd, som i første omgang havde indvilliget i at lade sig »slagte«. Disse trak dog deres samtykke tilbage, og forlod stedet uden at blive tvunget af T til at fortsætte. For T var det åbenbart et centralt element i hans selvforståelse, at der forelå samtykke fra hans »slagtningsobjekt«. <sup>36</sup> Alligevel mente *LG Kassel* ikke, at § 216 StGB var realiseret i sagen mod T. Afgørende for udelukkelsen af »drab efter begæring« var, at domstolen kom til den overbevisning, at det bestemmende element for T's drab af O var T's eget stærke ønske om at »slagte« og spise et andet menneske. O's ønsker var efter domstolens vurdering ikke afgørende for T. Domstolen konkluderede dermed, at T's primære motivation var udførelsen af sine egne fantasier omkring »slagning« af et menneske og spisning af menneskekød. Hans egne motiver var afgørende for beslutningen om at udføre drabet, og ikke O's begæring, hvilket udelukker § 216 StGB.<sup>37</sup>

### 2.2.3. § 211 StGB

Anklagemyndigheden mener, at T's drab af O er omfattet af »mordbestemmelsen«, § 211. Som nævnt ovenfor indeholder denne bestemmelse kun en sanktionsmulighed: Frihedsstraf på livstid. Den tyske forfatningsdomstol (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) har i en grundlæggende dom – som vedrører livstidssanktionens forenelighed med grundloven – blandt an-

<sup>34</sup> Eser, Albin i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. udgave, 2001, s. 1718 (§ 216 Rdnr. 5) og Schneider, Hartmut i Miebach, Klaus/Sander, Günther (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, bind 3, 2003, s. 529 f. (§ 216, Rdnr. 24 ff.).

<sup>35</sup> Schneider, Hartmut i Miebach, Klaus/Sander, Günther (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, bind 3, 2003, s. 527 f. (§ 216, Rdnr. 19 ff.).

<sup>36</sup> *Der Spiegel* nr.6/02.02.2004, s. 45.

<sup>37</sup> *Süddeutsche Zeitung*, 31.01./01.02.2004, s. 3 og *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31.01.2004, s. 7.

det beskæftiget sig med spørgsmålet om, hvorvidt den absolutte straftrussel i § 211 StGB er i strid med forfatningen. I BVerfGE 45, 187 (260 ff.) konkluderer forfatningsdomstolen, at den absolutte straftrussel i »mordbestemmelse« ikke i sig selv er forfatningsstridig, hvis loven tillader, at dommeren i det enkelte tilfælde kan udmåle til en sanktion, som overholder det forfatningsretlige princip, at straffen skal være udmålt efter individuel skyld. Et element i den forfatningskonforme anvendelse af »mordbestemmelse« er efter forfatningsdomstolens opfattelse den restriktive fortolkning af »mord-elementerne« i gerningsbeskrivelsen. Hvordan proportionaliteten mellem straf og skyld derudover konkret bør sikres, har forfatningsdomstolen ikke besvaret. Domstolen har dog i en senere afgørelse, BVerfGE 54, 100 (114), konkretiseret, at det tilfælde, hvor en anvendelse af livstidsstraffen er udelukket, selv om § 211 efter ordlyden er realiseret, kun kan komme på tale i nogle undtagelsessituationer, hvor der foreligger særlige omstændigheder, som lovgiveren ikke har taget i betragtning.

En første konsekvens af de forfatningsretlige betænkeligheder i forbindelse med »mordbestemmelse« absolutte straftrussel er som sagt, at gerningsbeskrivelsen i § 211, stk.2 StGB skal fortolkes særdeles restriktivt. Udover denne generelle restriktive fortolkning af »mord-elementerne« argumenterer store dele af den strafferetlige teori for en yderlig restriktion. Efter dennes opfattelse skal opfyldelsen af et »mord-element« ikke i sig selv kunne begrunde anvendelsen af § 211 StGB. Bestemmelsen bør derimod kun finde anvendelse, hvis en helhedsvurdering af gerningen og gerningspersonen viser en særlig »forkastelighed« (*Verwerflichkeit*), som begrunder livstid.<sup>38</sup> Domstolene med *Bundesgerichtshof* i spidsen anvender dog en anden model for en restriktiv anvendelse af livstidssanktionen. I usædvanlige situationer, hvor særlige tungtvejende grunde taler for, at anvendelsen af livstidsstraffen ville være uproportional, anvendes – uden udtrykkelig hjemmel – § 49, stk.1, nr.1 StGB.<sup>39</sup> § 49 StGB vedrører situationer, hvor en nedsættelse af den ellers gældende strafferamme er påbudt eller tilladt. En reduktion af straftruslen efter § 49, stk.1, nr. 1 StGB indebærer, at der i stedet for en livstidsstraf kan udmåles en frihedsstraf mellem 3 til 15 år.

I sagen mod T er der især fokus på spørgsmålet, om hans drab af O realiserede tre af »mord-elementerne« i § 211, stk.2 StGB, som hver for sig kunne begrunde en anvendelse af bestemmelsen. Det første »mord-element«, som kunne været realiseret i sagen mod T er, om drabet er begået for at »muliggøre en anden lovovertrædelse« (*»um eine andere Straftat zu ermöglichen«*). Denne del af gerningsbeskrivelsen i § 211, stk.2 tilhører en gruppe af »mord-elementer«, hvilke vedrører gerningspersonens hensigt

<sup>38</sup> Eser, Albin i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. udgave, 2001, s. 1690 f.: (§ 211 Rdnr. 10 f.).

<sup>39</sup> BGHSt 30, 105 (120 ff.).

med drabet.<sup>40</sup> Den særlige strafværdighed ligger her i, at drabets formål er realiseringen af en anden strafværdig uret.<sup>41</sup>

Et andet »mord-element«, som kunne begrunde en anvendelse af »mordbestemmelsen« er, at drabet skete »for at opnå seksuel tilfredsstillelse« (*»zur Befriedigung des Geschlechtstrieb«*). Her er der tale om et gernings-element, som tilhører en gruppe af »mord-elementer«, der omfatter gerningspersonens motivation for drabet. Den særlige strafværdighed ved denne drabsmotivation er, at gerningspersonen dræber for at opnå seksuel tilfredsstillelse enten direkte igennem drabet, eller bagefter bruger ofret til at tilfredsstille sin seksuelle drift eller, at drabet er en konsekvens af en voldtægt.<sup>42</sup>

Gerningselementerne at »muliggøre en anden lovovertrædelse« og »for at opnå seksuel tilfredsstillelse« har et vist sammenfald med det tredje mulige »mord-element«: »på grund af andre lave motiver« (*»sonst aus niedrigen Beweggründen«*). Denne del af gerningsbeskrivelsen er en slags »motivgeneralklausul«, som omfatter særlige strafværdige motivationsgrunde, der ikke er udtrykkelig nævnt i § 211, stk.2 StGB. Efter fast praksis er dette »mord-element« realiseret, hvis motivet for drabet var særdeles forkasteligt og må anses for at stå på det nederste trin. Eksempler herpå er særdeles uhæmmet selvoptagethed eller fuldstændig hensynsløshed over for andres interesser. Fortolkningen »andre lave motiver« kan dog ikke sammenfattes i en altomfattende definition. Anvendelsen af dette »mord-element« er kendetegnet ved en mere kasuistisk fortolkning af, hvornår gerningspersonen handler på grund af »andre lave motiver«.<sup>43</sup>

Anklagemyndigheden så i sagen mod T især de to førstnævnte »mord-elementer« realiseret (»muliggør en anden lovovertrædelse« og »for at opnå seksuel tilfredsstillelse«).<sup>44</sup> *LG Kassel* fulgte dog ikke anklagemyndighedens argumentation. For det første kom en realisering af gerningselementet »muliggør en anden lovovertrædelse« ikke på tale, da den efterfølgende partering af O's lig og spisning af dennes kød efter domstolens mening ikke er omfattet af »forstyrrelse af de afdødes ro« (§ 168 StGB).

<sup>40</sup> Schneider, Hartmut i Miebach, Klaus/Sander, Günther (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, bind 3, 2003, s. 435 ff. (§ 211, Rdnr. 162 ff.). Vedrørende et kort overblik over betydningen af de såkaldte tre grupper af »mord-elementer« i § 211, stk.2 StGB se Wessles, Johannes/Hettinger, Michael, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 28. udgave, 2004 s. 25 ff.

<sup>41</sup> Horn, Eckhard i Rudolphi, Hans-Joachim (og flere andre), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch 2, Besonderer Teil*, § 201 - § 266b, del 16, s. 25 (Rdnr. 54).

<sup>42</sup> Schneider, Hartmut i Miebach, Klaus/Sander, Günther (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, bind 3, 2003, s. 371 og 373 f. (§ 211, Rdnr.48 og 53 ff.).

<sup>43</sup> Schneider, Hartmut i Miebach, Klaus/Sander, Günther (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, bind 3, 2003, s. 371f. og 381 ff. (§ 211, Rdnr.48 og 69 ff.).

<sup>44</sup> *Süddeutsche Zeitung*, 27.01.2004, s. 10.



Domstolen anså det heller ikke som bevist, at T's motivation var af seksuel natur. Domstolen argumenterede, at det ikke var nok for en realisering af gerningselementet »for at opnå seksuel tilfredsstillelse«, at T efterfølgende onanerede, mens han så på videooptagelserne fra drabet.<sup>45</sup>

Domstolen udelukkede også, at T's drab af O var motiveret af »andre lave motiver«. Domstolen mente, at T's fremherskende ønske var at skaffe sig menneskekød og prøve følelsen af at »slagte« et andet menneske. Dette kunne efter domstolens opfattelse dog ikke anses som et »lavt motiv«, der kunne begrunde en anvendelse af § 211 StGB.<sup>46</sup>

#### 2.2.4. § 212 StGB

*LG Kassel* mente, at sagen mod T bragte domstolen i et strafferetligt grænseområde uden fortilfælde.<sup>47</sup> Domstolen kom til den overbevisning, at T havde udvist råhed og misbrugt O som objekt for sine ønsker, dog uden at realisere et af de særlige »mord-elementer« i § 211, stk. 2 StGB. Domstolen konkluderede, at T's drab af O realiserede den »almindelige« drabsbestemmelse (§ 212, stk.1 StGB), uden at der forelå en »særlig alvorlig sag« jf. § 212, stk.2 StGB.<sup>48</sup>

#### 2.3. Kan vi anvende strafferetten, hvis to syge mennesker laver aftaler om kastration, »slagning« af et menneske og kannibalisme?

Et spørgsmål, som præger diskussionen omkring straffesagen mod T er, hvorvidt samfundet overhovedet kan anvende strafferetten i en sag som denne. Er hele begivenhedsforløbet ikke en indikator for, at det drejede sig om to syge mennesker? Kan T overhovedet drages strafferetligt til ansvar, hvis han mener, at man kan indgå aftaler om kastration, drab og kannibalisme? Er han utilregnelig?

Den tyske *Strafgesetzbuch* udelukker i § 20 strafansvar for personer, som betragtes som utilregnelige på grund af »mentale forstyrrelser« (*seelische Störungen*):

#### § 20 Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen

Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

<sup>45</sup> *Süddeutsche Zeitung*, 31.01./01.02.2004, s. 3 og *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31.01.2004, s. 7.

<sup>46</sup> *Der Spiegel*, nr.6/02.02.2004 s. 44 og *Süddeutsche Zeitung*, 31.01./01.02.2004, s. 3.

<sup>47</sup> *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31.01.2004, s. 31.

<sup>48</sup> *Der Spiegel*, nr.6/02.02.2004 s. 44.

Formålet med § 20 StGB, som kan sammenlignes med § 16 i den danske straffelov,<sup>49</sup> er at definere situationer, hvor strafferetten undtagelsesvis ikke kan finde anvendelse. § 20 StGB bygger på en todelt vurdering af tilregneligheden. For det første forudsætter strafferetlig utilregnelighed en biologisk/psykologisk diagnose, som for eksempel »sygelig mental forstyrrelse« (*krankhafte seelische Störung*) eller »retardering« (*Schwachsinn*). For det andet forudsætter utilregnelighed, at gerningspersonen på grund af sin diagnose er ude af stand til at indse det uretmæssige i sin gerning eller er ude af stand til at handle efter denne indsigt. Hvis begge elementer af utilregnelighedsvurderingen var til stede under lovovertrædelsen, er strafansvar udelukket.<sup>50</sup> Den tiltalte kan dog for eksempel blive dømt til indlæggelse på et psykiatrisk hospital, jf. § 63 StGB.<sup>51</sup>

Under sagen i første instans blev der afhørt flere sagkyndige vidner, som skulle vurdere T's tilregnelighed (og i det ene tilfælde også – så vidt det var muligt – O's). Den første sagkyndige, en seksualforsker, konkluderede, at begivenhederne var et resultat af et møde mellem to syge mennesker. Begge havde efter hans vurdering afvigende (seksuelle) tendenser og en »alvorlig mental afvigelse«. Begge tvivlede efter hans vurdering ikke på den andens frivillighed. De andre sagkyndige, begge psykiatere, støttede denne vurdering, og den ene påpegede, at T tilsyneladende ikke anså det som betænkeligt, at O ønskede sin egen kastration. De sagkyndige konkluderede, at T lider af en »svær forstyrrelse«, men vurderede, at han alligevel var tilregnelig.<sup>52</sup>

LG Kassel fulgte de sagkyndiges vurdering: Domstolen fandt, at T lider af en »alvorlig mental afvigelse« og er »skizoid«, men mente ikke, han var utilregnelig ved gerningstidspunktet, da han var i stand til at styre sine handlinger og kunne indse det uretmæssige i sine gerninger. Domstolen vurderede det som et tegn på T's formåen til at kunne styre sig, at han i første omgang tog tilbage til stationen med O.<sup>53</sup>

T havde under retssagen givet udtryk for, at han var klar over, at drab er ulovligt, og at opfyldelsen af hans fantasier om »slagtning« af et menneske

<sup>49</sup> Vedrørende straffelovens § 16 se Kommenteret straffelov, almindelig del, 7. udgave, 2001, s. 159 ff.

<sup>50</sup> Rudolphi, Hans-Joachim i Rudolphi, Hans-Joachim (og flere andre), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch 1, Allgemeiner Teil, § 1 - 37, del I/2, s. 139 ff. (§ 20 Rdnr. 1 ff.).

<sup>51</sup> Mod utilregnelige personer kan systemet af »bedrings- og sikringstiltag« (*Maßnahmen der Besserung und Sicherung*), §§ 61 ff. StGB, anvendes. Se dertil Stree, Walter, i Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. udgave, 2001, s. 872 ff. (Vorbem. § 61 ff. Rdnr. 1 ff.).

<sup>52</sup> *Der Spiegel*, nr.6/02.02.2004 s.45 f.

<sup>53</sup> *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31.01.2004, s.7.

og spisnings af menneskekød er forbundet med lovovertrædelser. Alligevel rejses spørgsmålet, om hans totale ignorans overfor problemstillingen, - hvorvidt hans »aftalepartner« var syg og ude af stand til at indgå rationelle aftaler,- er en indikation af, at han i virkeligheden ikke er i stand til at indse uretmæssigheden og handle efter indsigten.<sup>54</sup> Domstolen vurderede også, at begivenhedsforløbet var et resultat af to psykisk syge menneskers møde, men dog uden at udelukke T's strafansvar med denne begrundelse.<sup>55</sup>

### 3. Afsluttende bemærkninger

T blev altså af *LG Kassel* vurderet som tilregnelig og dømt for »almindelig« drab jf. § 212, stk.1 StGB. Hvad er den passende straf for hans forbrydelse?

*LG Kassel* idømte T 8½ års frihedsstraf, hvilket giver T mulighed for at blive løsladt godt 4½ år efter domsafsigelsen i første instans.<sup>56</sup> Nogle vil måske mene, at det er for lidt. Skal T efter de ufattelige gerninger, han har begået, løslades til samfundet så hurtigt? Men er hans forbrydelse mere strafværdig end andre forsætlige drab, hvor ofret ikke bliver spurgt? Hvad er en passende, retfærdig straf for T, hvis retssystemet vurderer, at han er egnet til straf? Findes der overhovedet en retfærdig straf for et begivenhedsforløb som dette?

Den tyske retsprofessor Adolf Arndt har i 1968 i et foredrag om »straffet i et åbent samfund« beskrevet straffens manglende evne til at (gen-) oprette retfærdighed:

*»(...) – die Frage des Strafens entsteht dort, wo die Welt nicht mehr heil ist, weil von Menschenhand ein Unheil geschah, das sich von Menschenhand nicht wieder heilmachen läßt.*

*Die Frage des Strafens erhebt sich dort vor uns, wo Gerechtigkeit unerreichbar wurde.«<sup>57</sup>*

<sup>54</sup> For eksempel i *Der Spiegel*, nr.6/02.02.2004, s. 44 ff.

<sup>55</sup> *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 31.01.2004, s. 7.

<sup>56</sup> Tiden i varetægtsfængsling bliver indregnet i afsoningstiden (§ 51 StGB), og en prøve-løsladelse kan ske efter afsoning 2/3 af den idømte tid (§ 57, stk.1 StGB).

<sup>57</sup> Arndt, Adolf, *Strafrecht in einer offenen Gesellschaft*, foredrag ved Det 47. Tyske Juristmøde (47. *Deutscher Juristentag*) 1968. Citat fra Arndt, Adolf, *Gesammelte juristische Schriften*, udgivet efter hans død af Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Lewald, Walter, 1976, s. 230.

# Sundhedsudgifter - ny udvikling i det skatteretlige driftsomkostningsbegreb

af

*Jane Lise Ferniss*

## 1. Indledning

Driftsomkostningsbegrebet forandres løbende i takt med den samfundsmæssige udvikling. Dels fordi statsskattelovens § 6 fra 1903<sup>1</sup>, som stadig er den grundlæggende bestemmelse for fradrag, er en bredt formuleret rammebestemmelse, hvilket medfører, at det er overladt til de retsanvendende myndigheder løbende at fastlægge en praksis for, hvilke udgifter, der kan anses for fradragsberettigede driftsomkostninger. Dels fordi driftsomkostningsbegrebet løbende er blevet justeret gennem specialbestemmelser, særligt i ligningsloven. Et af de områder, hvor der er sket en særlig udvikling i de senere år, er på sundhedsområdet. I 2002 blev der i ligningslovens § 30A<sup>2</sup> indført fradragsret for selvstændigt erhvervsdrivendes udgifter til sundhedsbehandlinger, hvilket er en udvidelse af det hidtidige driftsomkostningsbegreb i statsskattelovens § 6, idet sundhedsudgifter hidtil ikke er blevet anset for fradragsberettigede driftsudgifter, men derimod for ikke fradragsberettigede privatudgifter.

Det overordnede formål med artiklen er at belyse den udvikling, der i de seneste år er sket inden for driftsomkostningsbegrebet for så vidt angår sundhedsudgifter, og på baggrund heraf at fremkomme med nogle betragtninger herom samt angive nogle eksempler til illustration af, hvilke afgrænsningsproblemer de nye regler kan give anledning til i fremtiden. Indledningsvis redegøres der for den retstilling, der kan udledes af den allerede eksisterende lovgivning og praksis angående fradragsret for egne betalte sundhedsudgifter.

<sup>1</sup> Statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a og stk. 2 blev vedtaget ved lov nr. 104 af 15. maj 1903. Loven er senere ændret ved lov nr. 144 af 8. juni 1912 og lov nr. 149 af 10. april 1922, dog uden at driftsomkostningsbestemmelsen er blevet ændret væsentligt.

<sup>2</sup> Lov nr. 1061 af 17. december 2002 (L77 2002/03) om fradragsret for selvstændigt erhvervsdrivendes sundhedsbehandlinger.

Ligningslovens § 30A udspringer egentlig af problematikken omkring beskatning af arbejdsgiverbetalte sundhedsydelse, som blev gjort skattefri i 2002 ved udvidelsen af ligningslovens § 30.<sup>3</sup> Samtidig er ligningslovens § 30A udformet således, at bestemmelsen er tæt forbundet med ligningslovens § 30. Det er derfor fundet hensigtsmæssigt også at redegøre for den udvikling, der ligger bag indførelsen af disse to specialbestemmelser om sundhedsbehandling. Derefter gennemgås hovedtrækkene i de nyindførte regler i ligningslovens § 30A om selvstændige erhvervsdrivendes fradragsret for udgifter til sundhedsbehandlinger. Artiklen afsluttes med nogle betragtninger om denne seneste udvikling af driftsomkostningsbegrebet.

## **2. Den allerede eksisterende lovgivning og praksis på området**

Som bekendt hjemler statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a fradrag for driftsomkostninger omfattende »Udgifter, som i Aarets Løb er anvendt til at erhverve, sikre og vedligeholde Indkomsten, ...«. Derimod er der ikke fradrag for udgifter, der afholdes til opfyldelse af private formål, jf. § 6, stk. 2. Private udgifter defineres i bestemmelsen som de udgifter, der »benyttes til egen eller Families Underhold, Betjening, Nytte eller Behagelighed«. Hvilke udgifter, der kan udledes af denne definition som private udgifter, varierer i takt med udviklingen i den almindelige opfattelse af, hvad der kan henregnes til privatforbrug. Udgifter til mad, tøj, bolig m.v. er typiske private udgifter. Et tegn på, at en udgift kan betragtes som en privatudgift, er, at den sædvanligvis afholdes af de fleste til dækning af grundlæggende private behov og er uden betydning for, om den pågældende har indtægtsgivende aktiviteter eller ej. I administrativ praksis ses der ikke at have været tvivl om, at udgifter til behandling af sygdom og til afhjælpning af handicaps normalt blev betragtet som ikke fradragsberettigede private udgifter. Tilsvarende var det uden betydning, at udgiften var nødvendig for i det hele taget at kunne varetage arbejdet og dermed en forudsætning for at kunne opretholde erhvervet. Hvis de ikke kunne henføres under privatforbruget, måtte de betragtes som afholdt til sikring af erhvervsgrundlaget og var dermed heller ikke fradragsberettiget.<sup>4</sup> Landsskatte-

<sup>3</sup> Lov nr. 389 af 6. juni 2002 (L 97-2 2001/02) om skattefrihed for arbejdsgiverbetalte sundhedsbehandlinger. Bestemmelsen er yderligere justeret ved lov nr. 1061 af 17. december 2002 (L 77 2002/03). Oprindelig lov nr. 218 af 14. april 1999 (L 149 1998/99) om skattefrihed for arbejdsgiverbetalte ydelser til alkoholbehandling m.v.

<sup>4</sup> SRM 1956,121 Solohornist – tandlægeudgift. LSRM 1958,147 Læge – udgift til psykoanalyse. LSRM 1979,132 Skuespiller – tandlægeudgift. LSRM 1981,143 Messingblæser – tandlægeudgift. LSRM 1982, 126 Tandlæge – udgift til briller. Tfs 1984,113 LSR Læge – udgift til kørestol. Tfs 1987,474 LSR Sognepræst – særlige hjælpemidler og nød-

retskendelse TfS 1991, 47 er på linie med den hidtidige praksis. En offentlig ansat adjunkt blev nægtet fradrag for udgifter til behandling af alkoholmisbrug. Landsskatteretten udtalte hertil,

»at udgifter til behandling m.v. i anledning af sygdom, der finansieredes ved selvbetaling, måtte betragtes som private udgifter, og at sådanne udgifter følgelig ikke kunne anses for at være fradragsberettigede som medgået til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten, jf. statsskattelovens § 6 a. Behandlingens betydning for opretholdelse af klagerens stilling som adjunkt kunne ikke fratage udgiften karakter af privatudgift som vedrørende klagerens helbred«.

Landsskatterettens hidtidige praksis blev bekræftet af Højesteret i TfS 1998,100, hvor spørgsmålet om, sundhedsudgifter er fradragsberettiget efter statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, blev afgjort. Sagen omhandlede en ansat, der ikke kunne varetage sine arbejdsopgaver på grund af alkoholmisbrug. Efter aftale med arbejdsgiveren påbegyndte hun straks et 4-ugers behandlingsforløb på et behandlingscenter for alkoholmisbrugere. Hun fik orlov uden løn og betalte selv 40.000 kr. for behandlingsopholdet. Efter opholdet fortsatte hun arbejdet hos arbejdsgiveren. Hun fratog udgiften som et ligningsmæssigt fradrag på 36.500 kr. efter fradrag af bundfradraget. Landsretten udtalte hertil, at

»selv om det for sagsøgers arbejdsgiver var en forudsætning for hendes fortsatte ansættelse, at behandlingen mod misbrug af alkohol blev iværksat straks, findes udgifterne hertil ikke at have den i statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, nævnte sammenhæng med udførelsen af arbejdet. Udgiften må derfor anses for en privat udgift, der ikke kan fradrages.«

Af de grunde, der var anført af landsretten stadfæstede Højesteret dommen.<sup>5</sup>

Retsstillingen efter statsskattelovens § 6 og den praksis, der har udviklet sig over årene og endelig stadfæstet af Højesteret, er, at udgifter til egen sundhedsbehandling betragtes som en ikke fradragsberettiget privat udgift, uanset om det er en forudsætning for at kunne beholde sit arbejde.

---

vendige handicapbestemte udgifter. Tilsvarende vedrørende kosmetiske indgreb: I en ikke offentliggjort landsskatteretskendelse (omtalt af skatteministeren i TfS 2000, 934) vedrørende en freelance fotomodel, der efter opfordring fra sin arbejdsgiver havde fået foretaget en brystvidende operation, nægtede Landsskatteretten fradrag for operationsudgiften. Retten lagde til grund, at der var tale om en udgift til sikring af indkomstgrundlaget.

<sup>5</sup> Dommen er kommenteret af professor Ole Bjørn i TfS 1998,75

### 3. Baggrunden for indførelse af fradragsret for selvstændigt erhvervsdrivendes sundhedsudgifter

Allerede i begyndelsen af 1990'erne var der megen politisk debat om de skattemæssige virkninger af arbejdsgiveres betaling af ansattes ophold og behandling på privathospitaler, alkoholafvænningsklinikker m.v.<sup>6</sup>

Efter anmodning fra den daværende skatteminister Fogh Rasmussen udarbejdede kammeradvokaten en redegørelse om de generelle beskatningsmæssige aspekter af arbejdsgivers tilskud til ansattes medicinske udgifter, herunder for konsekvenserne af en eventuel skattefrihed for sådanne ydelser.<sup>7</sup> I redegørelsen konkluderes det bl.a., at arbejdstagere er skattepligtige efter statskattelovens § 4 af medicinske tilskud m.v. modtaget fra arbejdsgiver bortset fra situationer, hvor arbejdstageren godtgør, at tilskuddet har været uden økonomisk værdi for den pågældende, idet statskattelovens § 4 alene omfatter ydelser af økonomisk værdi. Endvidere tilrådedes det nærmest i konklusionen, at der ikke indføres skattefrihed for arbejdsgiverbetalte udgifter, idet det ville indebære en urimelig og vilkårlig forskelsbehandling.<sup>8</sup>

Debatten om arbejdsgiverbetalte sundhedsudgifter genopstod hurtigt igen, efter at landsskatteretten i en kendelse TfS 1994,851 havde anset en ansat for skattepligtig af en arbejdsgiverbetalt hofteoperation på et privathospital som løntillæg i medfør af bestemmelsen i statskattelovens § 4.<sup>9</sup> Landsskatteretten havde i afgørelsen bl.a. lagt vægt på,

»at helbredelsesomkostninger, der afholdes til behandling uden for det offentlige sundhedsvæsen, som alt overvejende hovedregel må anses som private udgifter med deraf følgende skattemæssige konsekvenser. I det omfang sådanne udgifter afholdes af andre end behandlingsmodtageren, finder retten, at behandlingsmodtageren er tilført et gode, der som udgangspunkt er indkomstskattepligtigt for den pågældende.«

Afgørelsen blev indbragt for Landsretten, som stadfæstede landsskatterettens kendelse i TfS 1996,773 VLD. Tilsvarende stadfæstede Højesteret landsskatterettens dom i TfS 1998,98.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> TfS 1990,68 Spm. Skatteministeren redegør for de skattemæssige virkninger af ansattes ophold og behandling på privathospitaler samt TfS 1990,307 Spm. Skatteministeren oplyser, at arbejdsgiveres udgifter til alkoholbehandling af ansatte indgår i kammeradvokatens redegørelse om arbejdsgivers tilskud til ansattes medicinudgifter.

<sup>7</sup> TfS 1990,428

<sup>8</sup> Redegørelsen er kommenteret af cand.jur. Jens Petri i TfS 1990,429 og af advokat Aage Spang-Hanssen i TfS 1994,636

<sup>9</sup> Kendelsen er kommenteret af professor Ole Bjørn i SR-Skat 1995,17 og af advokat N.E. Westen-Jensen i TfS 1995,174

<sup>10</sup> Dommen er kommenteret af professor Ole Bjørn i SR-Skat 1998,75

Samtidig med denne sags forløb havde regeringen nedsat en arbejdsgruppe, der under ledelse af afdelingschef Jens Drejer, Skatteministeriet skulle analysere området for arbejdsgiverbetalte sundhedsydelse. Betænkningen blev offentliggjort i juni 1995, og i konklusionen anførtes en række fordele og ulemper for en eventuel lempelse af beskattningen.<sup>11</sup> Den daværende skatteminister Carsten Koch fandt det ikke hensigtsmæssigt at lempe den gældende lovgivning, idet de betænkeligheder, der var i betænkningen, bl.a. afgrænsningsvanskelighederne og den forskelsbehandling, som en ændring af de gældende regler ville føre til, var så tungtvejende, at de langt ville overgå de fordele, der måtte være ved skattefrihed for arbejdsgiverbetalte sundhedsudgifter.<sup>12</sup>

Diskussionerne om en eventuel skattefrihed for arbejdsgiverbetalte sundhedsudgifter og i den forbindelse – det offentlige sundhedssystem, ventelister, privatisering af sundhedsvæsenet, virksomhedernes sociale ansvar m.v. fortsatte i Folketinget de efterfølgende år.<sup>13</sup> I 1999 blev der politisk enighed om at indføre skattefrihed for arbejdsgiverbetalte ydelser til alkoholbehandling m.v. Denne problemstilling betragtes som et særligt velbegrundet enkeltstående område i modsætning til skattefrihed for sygdomsbehandling i almindelighed, som det politisk var svært at opnå enighed om. Politisk ville man herved undgå, at skattereglerne besværliggjorde virksomhedernes muligheder for at påtage sig et socialt ansvar over for medarbejderne. Som et led i finanslovsaftalen for 1999 blev der ved indsættelse af ligningslovens § 30 med virkning fra og med indkomståret 1999 vedtaget skattefrihed for arbejdsgiverbetalte ydelser til alkoholafvænnning m.v.<sup>14</sup> En forudsætning for skattefriheden var for det første, at der forelå en skriftlig lægeerklæring om, at medarbejderen havde et behov for alkoholafvænningsbehandling, og for det andet, at udgiften afholdtes som led i arbejdsgiverens generelle personalepolitik for alle virksomhedens medarbejdere. De personer, der var omfattet af bestemmelsen, var personer med tilknytning til arbejdsmarkedet, først og fremmest lønmodtagere, men også personer som f.eks. konsulenter, revisorer, bestyrelsesmedlemmer, der som led i en aftale om ydelse af personligt arbejde modtog en ydelse til alkoholafvænnning samt personer, der var valgt til medlem af eller medhjælp for bestyrelser, udvalg, kommissioner, råd, nævn eller andre kollektive organer, herunder Folketinget og kommunalbestyrelser. Endvidere var ydelser til alkoholafvænnning, som fagforeninger, pensionskasser eller lignende stillede til rådighed for deres medlemmer, omfattet af bestemmelsen.

<sup>11</sup> Betænkning nr. 1296/Juni 1995 – Redegørelse om den skattemæssige behandling af arbejdsgiverbetalte sundhedsudgifter. Betænkningen er omtalt i TFS 1995,496

<sup>12</sup> TFS 1995,587 SPM

<sup>13</sup> Se hertil en række forslag til folketingsbeslutninger fremsat i perioden 1997/98 og frem.

<sup>14</sup> Lov nr. 218 af 14.4.1999 (L149 1998/99)



Med det formål at forbedre den generelle adfærd og gøre det mere attraktivt for virksomhederne at påtage sig et socialt ansvar gennemførtes der med et borgerligt flertal en udvidelse af skattefriheden for arbejdsgiverbetalte ydelser med virkning fra og med 1. januar 2002. Herefter blev ydelser, som afholdes af arbejdsgiveren til lægefagligt begrundet sundhedsbehandling af medarbejderen ved sygdom og ulykke, også omfattet.<sup>15</sup> Personkredsen der kunne opnå skattefrihed for arbejdsgiverbetalte ydelser, forblev uændret. Kort før årsskiftet samme år justeredes bestemmelsen således, at der blev indsat en begrænsning for så vidt angår udgifter til dækning af medicinudgifter, samt at kravet for skattefrihed nu blot var, at ordningen skulle *tilbydes* samtlige virksomhedens medarbejdere modsat tidligere, hvor det var et krav, at alle skulle være omfattet af ordningen.<sup>16</sup>

I forbindelse med folketingets behandling af lovforslaget om skattefrihed for arbejdsgiverfinansieret sundhedsbehandling, blev det bl.a. fra Håndværksrådets side kritiseret, at lovforslaget kun omhandlede arbejdstagere, mens selvstændigt erhvervsdrivende og medarbejdende ægtefæller ikke kunne sikre sig selv. Skatteminister Svend Erik Hovmand meddelte hertil, at problemstillingen ville blive vurderet nærmere henover sommeren.<sup>17</sup>

#### **4. Indførelse af fradragsret for selvstændigt erhvervsdrivendes sundhedsbehandlinger i ligningslovens § 30A**

Med det formål at sikre, at selvstændige erhvervsdrivende ikke skattemæssigt blev dårligere stillet end lønmodtagere i forhold til sundhedsbehandlinger, blev der i ligningslovens § 30A, som et led i udmøntningen af aftalen mellem regeringen og Dansk Folkeparti om finansloven for 2003, med virkning fra og med 1. januar 2003 indført fradragsret i den personlige indkomst for selvstændige erhvervsdrivende for udgifter til lægefagligt begrundet sundhedsbehandlinger, som den selvstændige afholder for sig selv eller for en medarbejdende ægtefælle.<sup>18</sup> Den selvstændigt erhvervsdrivende har herefter under visse betingelser mulighed for at fratække enten udgifterne til en sundhedsforsikringsordning eller de direkte udgifter til sundhedsbehandling.

##### *4.1. Personkredsen, der er omfattet af fradragsretten*

Fradragsretten omfatter skattepligtige personer, der er selvstændige erhvervsdrivende og deres eventuelle medarbejdende ægtefælle, som får overført en andel af virksomhedens overskud, jf. kildeskattelovens § 25A, stk. 3, jf. stk.

<sup>15</sup> Lov nr. 389 af 6. juni 2002 (L 97-2 2001/02)

<sup>16</sup> Lov nr. 1061 af 17. december 2002 (L77 2002/03)

<sup>17</sup> L 97 - bilag 40

<sup>18</sup> Lov nr. 1061 af 17. december 2002 (L77 2002/03)

1. Ved afgrænsningen af, hvem der anses for selvstændigt erhvervsdrivende, anvendes som udgangspunkt skattelovgivningens almindelige afgrænsning af selvstændigt erhvervsdrivende bl.a. som nævnt i investeringsfondsloven og virksomhedsskatteloven.<sup>19</sup>

#### *4.2. Særlige grundlæggende betingelser for fradrag*

I medfør af bestemmelsens stk. 1, 2. pkt. gælder der to særlige grundlæggende betingelser, der skal være opfyldt, for at den selvstændigt erhvervsdrivende m.v. har mulighed for at kunne opnå fradrag for udgifter til sundhedsbehandling.

For det første er virksomhedsejerens fradragsret for udgifter til egne sundhedsbehandlinger eller egen præmie til sundhedsforsikring betinget af, at den pågældende deltager i virksomhedens drift med en personlig arbejdsindsats af ikke uvæsentligt omfang. Ifølge bemærkningerne til loven svarer arbejdskravet til den vejledende norm på mindst 50 timer månedligt, der gælder ved anvendelse af etableringskontoordningen.

For det andet er den selvstændigt erhvervsdrivendes fradragsret for udgifter til egne sundhedsbehandlinger eller egen præmie til sundhedsforsikring betinget af, at eventuelle medarbejdere i virksomheder, der drives af den selvstændigt erhvervsdrivende, bortset fra "masseinteressentskaber",<sup>20</sup> som led i virksomhedens generelle personalepolitik senest samtidig med etableringen af ordningen for den selvstændigt erhvervsdrivende, er tilbudt en tilsvarende ordning med skattefrihed for arbejdsgiverbetalte sundhedsbehandlinger, jf. ligningslovens § 30, jf. stk. 1. Ifølge bemærkningerne til loven er det ikke et krav, at medarbejderne skal have accepteret tilbudet om en arbejdsgiverbetalt sundhedsbehandlingsordning, kun at tilbudet er givet.

I medfør af ligningslovens § 30, stk. 3, 2. pkt. har arbejdsgiveren visse muligheder for at begrænse den kreds af medarbejdere, der tilbydes arbejdsgiverbetalt sundhedsbehandling efter generelle kriterier om anciennitet og antal arbejdstimer. Er der fastsat sådanne generelle anciennitetskrav, skal den selvstændigt erhvervsdrivende og eventuelle ægtefælle opfylde et tilsvarende anciennitetskrav, jf. § stk.1, 3.pkt.

Ifølge bemærkningerne til loven gælder denne betingelse ikke, såfremt der ingen ansatte er i virksomheden. Derimod gælder betingelsen imidlertid for alle virksomhederne, hvis virksomhedsejeren driver flere virksomheder.

<sup>19</sup> Jf. bemærkningerne til lov nr. 1061 af 17. december 2002 (L77 2002/03)

<sup>20</sup> Visse anpartsvirksomheder omfattet af personskattelovens § 4, stk. 1, nr. 10, 12 eller 13, med mindst to ejere

#### *4.3. Sundhedsbehandlinger, der er omfattet af fradragsretten*

Fradragsretten omfatter sundhedsydelser, som afholdes til lægefagligt begrundet behandling ved sygdom eller ulykke, herunder behandling af psykiske lidelser hos en psykolog eller psykiater, til tilsvarende sygdomsforebyggende behandling, til behandling hos en kiropraktor eller til behandling af misbrug af medicin, alkohol eller andre rusmidler. Fradragsretten for udgifter til medicin, som afholdes i forbindelse med behandlingen, er dog begrænset til udgifter afholdt i en periode på højst 6 måneder fra 1. behandlingsdag, bortset fra udgifter afholdt under indlæggelse på hospital, klinik og lignende, jf. stk. 2 og 3.

Ifølge bemærkningerne til loven falder kosmetiske behandlinger - f.eks. brystkorrektioner, operationer for godartede modermærker, synskorrigerende operationer for at undgå brug af briller - samt behandling for barnløshed ikke ind under bestemmelsen, idet der ikke er tale om behandling af sygdom, ulykke eller sygdomsforebyggende behandlinger. Kosmetiske behandlinger, som direkte følger af et ulykkestilfælde eller af f.eks. en brystkræftoperation vil dog være omfattet af de fradragsberettigede ydelser. Tilsvarende vil forebyggende undersøgelser uden konkret lægefaglig begrundelse som f.eks. »health care«-ordninger ikke være omfattet.

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget er det hovedsigtet med afgrænsningen, at de omfattede behandlinger er nøjagtig de samme som de behandlinger, der er omfattet af reglerne om skattefrihed for arbejdsgiverbetalte ydelser i ligningslovens § 30.

##### *4.3.1 Betingelse for fradragsretten*

Det er en betingelse for fradragsretten, at der foreligger en lægehenvielse til behandling, jf. stk. 4. Således vil f.eks. behandling for tandlidelser i følge bemærkningerne til loven som hovedregel ikke være omfattet af fradragsretten, idet der normalt ikke anvendes lægehenvielse.

Fradragsretten for udgifter til behandling af misbrug af medicin, alkohol og andre rusmidler er dog alene betinget af, at der foreligger en skriftlig lægeerklæring, om at den pågældende har behov for behandling.

Fradragsretten for udgifter til kiropraktorbehandling er alene betinget af, at der foreligger en skriftlig erklæring fra en kiropraktor, der har autorisation efter dansk ret eller, hvis kiropraktoren er etableret i udlandet, tilsvarende kvalifikationer om, at personen har behov for behandlingen.

Ved behandling af psykiske lidelser hos en psykolog er det endvidere en betingelse, at den pågældende psykolog har autorisation efter dansk ret eller, hvis psykologen er etableret i udlandet, tilsvarende kvalifikationer.

#### *4.4. Anvendelse af forsikringsordning*

For selvstændigt erhvervsdrivende, der har valgt at tegne en forsikring til dækning af udgifter i forbindelse med sundhedsbehandling, og hvor der for eventuelle medarbejdere i virksomheden er tegnet en forsikring som nævnt i ligningslovens § 30, stk. 1, 3. pkt., er forsikringspræmien fradragsberettiget, jf. stk. 2. Hvis der for medarbejderne i en virksomhed er tegnet en forsikring som nævnt i ligningslovens § 30, stk. 1, 3. pkt., og den selvstændigt erhvervsdrivende eller en eventuel ægtefælle er omfattet af kildeskattelovens § 25A, stk. 3, af forsikringsmæssige grunde ikke kan blive omfattet af forsikringen, kan der fradrages ydelser som nævnt ovenfor under pkt. 4.3., forudsat disse ydelser svarer til de ydelser, der for medarbejdernes vedkommende er omfattet af forsikringen, jf. stk. 2, 2. og 3. pkt.

Tidsbegrænsningen i fradragsretten for medicinudgifter som nævnt ovenfor under 4.3. gælder tilsvarende for fradragsretten for forsikringspræmier, i det omfang medicinudgifter dækkes af forsikringen ud over den nævnte periode. I disse situationer vil der således ikke være fradragsret for forsikringspræmien.

##### *4.4.1. Betingelser for fradragsretten for forsikringspræmier*

Det er en betingelse for fradragsretten for forsikringspræmier, at det af forsikringsbetingelserne fremgår, at forsikringen kun dækker behandling, der enten sker efter lægelig henvisning, er lægeligt godkendt eller, for så vidt angår behandling af misbrug af medicin, alkohol og andre rusmidler samt kiropraktorbehandling, opfylder kravene om skriftlig lægeerklæring m.v., som gælder ved direkte betaling. For behandling af psykiske lidelser hos en psykolog er skattefriheden betinget af, at det af forsikringsbetingelserne fremgår, at den pågældende psykolog skal opfylde kravene om autorisation.

#### **5. Afsluttende bemærkninger**

Sammenfattende om retsstillingen kan det konkluderes, at fradrag for udgifter til egne sundhedsbehandlinger i medfør af statsskattelovens § 6 i administrativ praksis har ligget meget fast over alle årene senest i TfS 1991,47 LSR, og at denne praksis i 1998 er blevet stadfæstet af Højesteret med TfS 1998,100. Udgifter til egen sundhedsbehandling er således hidtil ikke blevet anset for værende fradragsberettigede driftsomkostninger, men derimod for ikke fradragsberettigede private udgifter, og dette uanset om udgifterne til behandling er nødvendige for at kunne udføre og på længere sigt bevare erhvervet.

Med indførelsen af ligningslovens § 30A er der nu sket en ikke helt uvæsentlig udvidelse af det hidtidige driftsomkostningsbegreb på dette område, således at der nu er mulighed for selvstændigt erhvervsdrivende, der deltager

i virksomhedens drift med en personlig arbejdsindsats af ikke uvæsentligt omfang samt dennes eventuelle medarbejdende ægtefælle, at opnå fradragsret for egne udgifter til lægefagligt begrundet sundhedsbehandling. Er der ansatte i virksomheden, er det en betingelse for opnåelse af fradragsret, at der som led i virksomhedens generelle personalepolitik er tilbudt en tilsvarende ordning med skattefrihed for arbejdsgiverbetalte sundheds-behandlinger, jf. ligningslovens § 30.

Baggrunden for indførelsen af fradragsretten for selvstændige erhvervsdrivende i ligningslovens § 30A var et ønske om, at selvstændigt erhvervsdrivende ikke skulle stilles dårligere end ansatte, der kunne opnå skattefrihed for arbejdsgiverbetalte sundhedsydelser i medfør af ligningslovens § 30. Baggrunden for indførelse af skattefrihed for arbejdsgiverbetalte sundhedsydelser var måske reelt bl.a. forårsaget af ventelisteproblemet på de offentlige sygehuse. Når der opstår samfundsmæssige problemer som f.eks. hele venteliste-problematikken, er det et politisk spørgsmål at forsøge at løse problemstillingen. Ofte er det nærliggende, at sådanne samfundsmæssige problemer reguleres via skattelovgivningen, men det er et spørgsmål, om det også altid er lige hensigtsmæssigt set ud fra en ren skatteretlig synsvinkel.

For det første er der en tilbagevendende kritik fra alle sider af, at skattelovgivningen er blevet alt for uigennemskuelig og ressourcekrævende for både borgere og skattemyndighederne, og disse forhold svækker retssikkerheden. Indførelse af særlovgivning for at støtte bestemte samfundsgrupper, som f.eks. selvstændigt erhvervsdrivendes fradragsret for udgifter til lægefagligt begrundede sundhedsudgifter, er et typisk eksempel herpå. Indførelsen af ligningslovens § 30A vil formentlig også give anledning til en række afgrænsningsspørgsmål. F.eks. er det et spørgsmål, hvilke sygdomme, der er omfattet af bestemmelsen. Er f.eks. alle sygdomme, der kan behandles hos egen læge, undtaget fra bestemmelsen, idet det er en betingelse for fradragsret, at der foreligger en lægehenvi-sning til behandling? Har den selvstændige erhvervsdrivende i disse situationer som alle andre, således ikke mulighed for at fratrække udgiften til medicin o. lign. Er f.eks. infektionssygdomme, som ens egen læge ikke kan behandle og derfor henviser til behandling på det offentlige sygehus eller ved speciallæge, omfattet af reglerne? Eller hvor den pågældende på grund af ventetid i det offentlige system vælger at blive behandlet på et privathospital omfattet af bestemmelsen? Vil medicinudgifter til disse infektionssygdomme være fradragsberettigede? Behandling hos nogle speciallæger kræver ikke lægehenvi-sning, f.eks. øjenlæger og næse, øre og halslæger. Fremover vil de selvstændige erhvervsdrivende skulle huske at anmode om en henvi-sning, for ellers vil de måske ikke kunne opnå fradragsret for eventuelle udgifter til f.eks. øjenmedicin eller for selve behandlingen, hvis den fore-

tages på et privathospital. Eller hvad med sygdomme, som ikke kan behandles i Danmark, hvordan takles kravet om lægehenvielse i denne situation? Tilsvarende kan der stilles spørgsmål ved, hvilke lægefagligt begrundede sygdomsforebyggende behandlinger, der er omfattet af bestemmelsen. Vil f.eks. motion på recept på grund af overvægt med de deraf følgende risici for diverse sygdomme, som kan fås i nogle amter, være omfattet som en sygdomsforebyggende behandling? Som regel betales de første 2-3 gange af det offentlige gennem sygesikringen, hvorefter patienten selv skal betale for de resterende gange. Vil der kunne opnås fradragsret for disse udgifter? De nævnte eksempler er kun et udpluk af afgrænsningsspørgsmål, som formentlig vil opstå de kommende år. Indførelsen af ligningslovens § 30A kan blive medvirkende til, at driftsomkostningsbegrebet og dermed en del af skattelovgivningen bliver endnu mere uoverskuelig og ukontrollabel, hvilket medfører at retssikkerheden reduceres yderligere.

For det andet vil der opstå krav fra de dele af befolkningen, som enten ikke har en ordning med sin arbejdsgiver om arbejdsgiverbetalte sundhedsudgifter efter ligningslovens § 30,<sup>21</sup> eller som ikke opfylder betingelserne for fradrag i ligningslovens § 30A. Dette kan man ikke fortænke dem i, hvis ellers de grundlæggende skatteretlige grundprincipper om lighed og betaling af skat efter evne stadig er gældende. Der må som udgangspunkt gælde ensartede regler for alle samfundsgrupper.

For det tredje vil fradragsretten formentlig brede sig til andre områder.<sup>22</sup> F.eks. er der i medfør af ligningsloven § 31 indført skattefrihed for arbejdsgiverbetalt videreuddannelse.<sup>23</sup> Samfundet har et stort behov for, at der løbende sker en betydelig efter- og videreuddannelse af alle. Skal der så også indføres en tilsvarende fradragsret for denne type udgifter for selvstændige erhvervsdrivende og andre, som ikke får dækket udgiften af arbejdsgiveren? For det fjerde fremføres det løbende i dagspressen, at omfanget af skattefrie sundhedsydelser betalt af arbejdsgiveren bør udvides, som f.eks. almindelige

<sup>21</sup> Se tillige høringssvar L77 Bilag 4 fra Foreningen af Registrerede Revisorer: »Herefter mangler man kun fradragsmuligheden for lønmodtagere, som selv betaler denne type sundhedsudgifter. Denne bør indføres for at undgå forskelsbehandling mellem de lønmodtagere, som får dækket sundhedsudgifterne af deres arbejdsgiver, og de lønmodtagere, som ikke får dækket de pågældende udgifter af deres arbejdsgivere.«

<sup>22</sup> Se tillige høringssvar L 77 Bilag 4 fra Foreningen af Registrerede Revisorer »Imidlertid er der også en række lignende udgifter, som selvstændigt erhvervsdrivende (og medarbejdende ægtefæller uden lønaftale) ikke i dag kan få godkendt som fradragsberettigede driftsudgifter. Det drejer sig f.eks. om præmie til forsikring af egen sygdom, bidrag til AES (Arbejdsmarkedets Erhvervs sygdomssikring) samt udgifter til efteruddannelse«

<sup>23</sup> Lov nr. 955 af 20/12 1999 (L 088 1999/00) senest justeret ved Lov nr. 447 af 10/6 2003 (L 074 2002/03)

helbredstjek, rygestopkurser, kostvejledning m.v. Ligningsrådet har også i de senere år afgivet en række bindende forhåndsbeskeder om forskellige arbejdsgiverbetalte sundhedsordninger m.v., hvor de ansatte ikke er blevet beskattet af personalegodet i medfør af statsskattelovens § 4 og ligningslovens § 16, når der var tale om udgifter til forebyggelse eller behandling af arbejdsrelaterede skader.<sup>24</sup> Den løbende debat om udvidelse af skattefrie arbejdsgiverbetalte sundhedsydelse og udviklingen i praksis på området for personalegodebeskatning af diverse arbejdsgiverbetalte sundhedsordninger m.v. kan måske få en afsmittende effekt og lægge et pres på fradragsreglerne i ligningslovens 30A. Ligesom en eventuel udvidelse af skattefriheden efter ligningslovens § 30, som følge af sammenhængen mellem de to bestemmelser, vil medføre en udvidelse af fradragsretten efter ligningslovens § 30A.

Indførelse af særregler af forskellige politiske grunde på forskellige områder kan bevirke, at skattelovgivningen bliver mere klar og gennemskelig, men det modsatte kan også være tilfældet. Indførelse af LL § 30A synes desværre at komme til at ligge i den sidste gruppe. Kun fremtiden kan vise, hvordan udviklingen både i praksis og i lovgivningen bliver på dette lille – men meget væsentlige – område af driftsomkostningsbegrebet.

<sup>24</sup> Bl.a. SKM 2004,371 LR om arbejdsgiverbetalt sundhedsundersøgelse. TFS 2004,470 LR om arbejdsgiverbetalt sundhedsordning. Modsat var de ansatte ikke skattefri af en kostrådgivningsordning. TFS 2001,605 LR om arbejdsgiverbetalt zoneterapi. TFS 2001,603 LR om arbejdsgiverbetalt læge- og helseservice. TFS 2001,602 om arbejdsgiverbetalt akupunkturbehandling.

# Transformation af retlige felter i Østeuropa

af

*Ole Hammerslev*

## **1. Indledning**

I denne artikel diskuteres, hvordan forandringerne af retlige felter i Østeuropa kan studeres retssociologisk ud fra en reflektiv sociologi. Dernæst diskuteres grænserne for den videnskabelige repræsentation og præsentation, og til slut eksperimenteres med formen for den videnskabelige præsentation ved en kort beskrivelse af en lille del af transformationsprocesserne af det bulgarske retlige felt. Artiklen tager sit udgangspunkt i mit post doc. projekt om transformationen af det retlige felt i Bulgarien i forbindelse med landets bestræbelser på at opfylde kriterierne for EU-optagelse i 2007. Flere af de forhold, som skal ændres iht. Københavnerkriterierne, og som har været i fokus for reformatorerne siden 1989, har været domstolssystemet, menneskerettigheder og de retlige principper bag retsstaten. Da sådanne forandringer ikke sker af sig selv, da retlige områder ikke opstår ud af intet og da kriterierne skabes ud fra både lokale og internationale magtkampe, er det nødvendigt at undersøge, hvem, der er involveret i disse kampe, hvem som profiterer af disse retlige modeller, og hvilke ressourcer der benyttes i magtkampene. Derfor forsøger post doc. projektet at afdække, hvem der er involveret i transformationsprocesserne, og hvordan disse personer, institutioner og lande benytter forskellige ressourcer, ideer og netværk til at skabe sig positioner, ud fra hvilke de kan deltage i reformprocesserne. Med andre ord forsøger post doc. projektet at beskrive, hvordan disse forandringer foregår. Hvem definerer, hvad der skal tilrettes, og hvilke ressourcer og netværk trækker disse personer og institutioner på?

På trods af, at projektet fokuserer på Bulgarien, rækker det videre, da det giver et indblik i, hvordan transformationen af retten og retlige institutioner er relateret til både lokale og transnationale magtkampe. Lokale magthierarkier ændres ved, at grupper kan optage kompetencer og ressourcer fra amerikanske og vesteuropæiske kompetence- og resourceformer, således at de natio-



nalt legitimeres til at importere vestlige retlige modeller og magtrelationer. Herved vises også, hvordan retlige modeller og magtrelationer og hermed magthierarkier fra enkelte vestlige stater eksporteres til Østeuropa, samtidig med at transnationale og amerikanske magtkampe får nye kamppladser, nemlig i Østeuropa. Transformationen af det bulgarske retlige felt viser, hvordan ret og nationale magthierarkier bliver transformeret inden for en international magtkamp med mange aktører fra forskellige lande. Som det vil fremgå af projektet, indgår ret og indretningerne af retlige institutioner og juridiske uddannelser som vigtig del af dette spil.

Siden murens fald har mange studier fokuseret på de østeuropæiske lande. Mange af disse studier – også de komparative – fokuserer på nationale aktører, konflikter og løsninger (se fx Melone, 1998; Dimitrov, 2001; Dolfe, 1992; Enriquez, 1998; Higley et al., 1998; Higley and Lengyel, 2000; Priban and Young, 1999; Quigley, 1997). Men de er ikke opmærksomme på, at nationale rum med dets problemer, objekter, visioner og divisioner ikke eksisterer isoleret fra omgivelserne. De nationale problemstillinger og løsningsmodeller eksisterer i tæt tilknytning til en international virkelighed. Nationale retlige kategorier som domstole, ret og jurister eksisterer i deres internationale kontekst og ved at se dem ud fra et sådant perspektiv, kan nationale opfattelser og grænser udfordres, og persongrupperes kampe om bestemmelsen af kategorierne fremkommer. Men i kontrast til opfattelsen for 1960'erne og 1970'ernes fejlslagne »law and development«-bevægelser (se fx Gardner, 1980) samt mange studier inden for »legal transplants«-traditionen (se fx Nelken and Feest, 2001) eksporteres retlige kategorier og institutioner ikke uforandret fra et land til et andet, men importeres af lokale agenter i en kontekst med lokale magtkampe. Ret, jurister og juridiske institutioner er tæt relateret til nationale magtfelter, som retten ikke kan adskilles fra. Retten bliver derfor også brugt og misbrugt i nationale magtkampe. Retten må derfor forstås ud fra dens historiske og sociale kontekst, hvor den som magtdiskurs bliver produceret og reproduceret i samspillet mellem juridiske agenter, og hvor den bliver brugt som en del af konstruktionen af statsfeltet og et internationalt felt. Herved forsøges at komme bag om – eller dekonstruere – de objektiverede diskurser ved at undersøge, hvordan de objektiveres, neutraliseres og legitimeres af forskellige samfundsgrupper, nationer, institutioner og klasser (Se også Hammerslev, 2003; Madsen and Dezalay, 2002). Projektet forsøger derfor at skrive sig ind i retssociologiens og rettens »grand issues«, som vedrører ret og internationalisering, ret og stat samt ret og den juridiske profession.

Ved at fokusere på det nationale samtidig med det internationale følger jeg Dezalay og Garth. Mikael Rask Madsen forklarer Dezalay og Garths internationale fokus:

»... the *international* is both related to the research strategies and the demarcation of the research subject. To realise this double objective, they specifically use Bourdieusian sociology to analyse certain properties of law, the legal *field* and its internationalisation. Exploiting the interdependency between national and international legal levels, the approach tries to rethink the international field from the points of the national fields, as well as the national fields from the view of the international field. This double-reflection, which is based on the import-export mechanisms of the legal field and its international counterpart, is central to both the theoretical conceptualisation of the research subject and the crafting of the research strategies.« (Madsen, forthcoming)

Ved denne dobbelte refleksion kobles det internationale med det nationale, mikro-niveauet med makro-niveauet. Det bliver således agenterne, som danner både det internationale og det nationale.

## 2. Forskningsstrategi

For at indfange disse problemstillinger er min forskningsstrategi stærkt inspireret af »the relational biography strategy«, som Dezalay og Garth har udviklet i deres studier ud fra Bourdieus refleksive sociologi (Dezalay, 1990; Dezalay and Garth, 1996; Dezalay and Garth, 2001; Dezalay and Garth, 2002b; Bourdieu et al., 1991; Bourdieu and Wacquant, 1992). For Bourdieu er sociologiens formål at afdække skjulte strukturer, som strukturerer individers praksiser i form af handlen, orienteringer og forestillinger i forhold til andre individer. Da forskeren også er prædisponeret ift. indlejrede strukturer og handler herefter, fokuserer Bourdieu på refleksiviteten både i forhold til forskningsprocessen og formningen og identifikationen af forskningsobjektet. Den Bourdieuske refleksive sociologi omhandler således både forskeren selv og forskningsobjektet. Dette dobbelte brud (double rupture), som Bourdieu i sine senere værker kalder den videnskabelige manøvre, består af to tæt forbundne mentale og praktiske forhold. For det første en kritisk refleksion over prækonstruktioner, som dominerer et givet forskningsobjekt, og for det andet en selvkritik som instrument til at (gen)overveje ens egne videnskabelige og sociale forestillinger om forskningsobjektet (Bourdieu et al., 1991; Bourdieu and Wacquant, 1992; Bourdieu, 1998).

Det bedste redskab til at bryde med eksisterende forestillinger er ved at tænke relationelt. I den Bourdieuske optik eksisterer individer ikke *per se*, men ud fra deres relationer til andre individer i et felt (Bourdieu and Wacquant, 1992; Bourdieu et al., 1991). Bourdieu forklarer feltbegrebet som:

»In analytical terms, a field may be defined as a network, or a configuration, of objective relations between positions. These positions are objectively defined, in their existence and in the determinations they impose upon their occupants, agents or institutions, by their present

and potential situation ... in the structure of the distribution of species of power (or capital) whose possession commands access to the specific profits that are at stake in the field, as well as by their objective relation to other positions ...» (Bourdieu and Wacquant, 1992 p. 97.)

Forskellene i fordelingen af indhold og former for kapital, som Bourdieu kalder forskellige forhold, som har egenskab af magt, som forskellige individer besidder, skaber deres position og relation i feltet. Det er ved forskellene, at kapitalformerne fremkommer, hvilket betyder, at der er personer i feltet med bestemte livsbaner, som kæmper, bevidst som ubevidst, om at bestemme, hvilket former for kapital (social, økonomisk, kulturel etc.), som er krævet for at blive en del af feltet og for at komme til tops i feltet. Det vil sige, at feltet er et »kampfelt«, hvor der kæmpes om at få monopol på at udøve legitimeret »vold« i feltet (Bourdieu, 1993 p. 73.). Ved således at omdefinere »det juridiske system« til »et retligt felt« fokuseres på, at deltagerne ikke udgør en sammenhængende enhed, men er defineret ud fra deres relation til andre agenter i feltet.

I denne empiriske forskningsproces udgør Bourdieus sammenhængende og åbne begreber som felt, kapital og habitus forskningsredskaber. Ved at interviewe individer i et felt med fokus på deres livsbaner er det muligt at skrive en kollektiv feltbiografi. Ved at interviewe bredt i feltet bliver det synligt, hvordan persongrupper kommer ind i et statsfelt, hvad de medbringer af ekspertise, netværk og andre ressourceformer – eller kapitalformer – hvordan de opererer, og hvordan de orienterer sig i et felt under forandring. Hermed kan man sige, at metoden er kumulativ, idet informationerne fra hvert interview kan bruges til at undersøge og skitsere den generelle feltbiografi (Dezalay and Garth, 2002a). Ydermere kan tidligere interviews benyttes til at kumulere information, som bruges i interviewprocessen. Herved kan man foretage, hvad man kan kalde »konfrontatoriske« interviews, idet man konfronterer interviewpersoner med den viden, man allerede har.

### **3. Den videnskabelige reproduktion og præsentation**

Et andet formål med denne artikel er at undersøge mulighederne for den videnskabelige repræsentation. I et felt, hvor der i stigende grad stilles større krav til formidlingssiden af forskningen, og hvor det samtidig er vanskeligt at følge med i den videnskabelige produktion, er det nødvendigt at sætte fokus på repræsentations- og præsentationsformen. Spørgsmålet er, hvordan det er muligt at præsentere sin forskning både eksternt det videnskabelige felt, så forskningen på samme tid bliver læst og forstået, og hvordan det er muligt at vinde gehør internt i det videnskabelige felt, hvor der bliver (over-)produceret i takt med stigende publiceringskrav. I den følgende beskrivelse af transfor-

mationen af det bulgarske retlige felt har jeg ladet mig inspirere af litterære mestre som Henrik Pontoppidan, Leo Tolstoj og Gustave Flaubert – uden (og det kan ikke understreges stærkt nok) at kunne komme bare tilnærmelsesvis op på deres niveau. For hvad er det, disse store forfattere kan? De kan fange læseren, samtidig med at de peger på og sprogliggør det sociale liv.<sup>1</sup> Selvfølgelig har de nogle fiktive redskaber, som forskningen ikke kan drage nytte af. Men på trods af dette er det måske alligevel muligt at lade sig inspirere af den litterære genre. Jeg vil forsøge at drage nytte af nogle mere litterære former i næste afsnit i en kortfattet beskrivelse af transformationen af det retlige felt i Bulgarien – uden dog at lade det være gennemgående.

For ikke at blive ligeså instrumentel som Dezalay og Garth, og for at kunne få flere nuancer med, end de har i deres ellers nuancerede arbejde, har en af udfordringerne i denne artikel været, hvordan det er muligt på samme tid både at repræsentere de skjulte strukturer, som strukturerer feltet, og samtidig hermed give indblik i de enkelte personer, som arbejder i feltet. Hermed håber jeg at kunne foretage en læsning af udviklingen, som frigører sig fra en ren instrumental og strukturel forståelse af udviklingsprocesserne. Nogle af personerne, som har virket inden for feltet, har arbejdet hårdt ud fra, hvad de dybest set tror på, nemlig demokrati og antitotalitære samfund. Ydermere har de ment – og vist – at det er muligt at gøre en forskel. For at vise dette, for at skildre deres *habitus*, har jeg valgt at gå ret tæt på personerne i fremstillingen. Langsomt, som den udvikler sig, håber jeg at kunne vise både forskelle og ligheder mellem objektive og mentale strukturer (Se om disse begreber i Bourdieu, 1996).<sup>2</sup>

Den følgende præsentation bygger på et begrænset antal interviews samt på andre kilder. Efterhånden, som jeg får lavet flere interviews, vil beskrivelsen af transformationen udvikle sig. Det kan sammenlignes med et puslespil, hvor motivet fremkommer efterhånden, som brikkerne lægges. Bortset fra, naturligvis, at puslespillets motiv er givet på forhånd; ved forskningsprocessen er man med til at konstruere et motiv, jfr. ovenfor, som ikke er givet på forhånd, kun ud fra de enkelte delbetragtninger.

## **4. Transformation af det retlige felt i Bulgarien**

### *4.1. USA's eksport af retlige modeller*

Det var november 1989. Bill Meyer kom hjem en aften og så i fjernsynet folk danse på Berlin-muren. Da han så disse stærke billeder, symbolet på den kol-

<sup>1</sup> Se fx forskelligheden i repræsentationsformen om samme emne, nemlig sociologiens tidlige udvikling i (Lepenies, 1988; Wagner et al., 1991). I den første fortælles om, at sociologien opstod i opposition til litteraturen.

<sup>2</sup> Dele af den følgende fortælling er også fortalt i (Hammerslev, forthcoming).

de krig og Sovjetunionens undertrykkelse af befolkninger i hele Østeuropa, vidste han, at han ville være en del af den kommende forandringsproces. Advokatfirmaet, han var ansat i, havde et orlovsprogram, som snart berettigede ham til et års orlov. På trods af, at han sammen med sin kone, Jane, havde planlagt at benytte orloven på et miljøprojekt i Afrika, sagde han »nej, dette er hvad jeg må gøre«. Han var ikke fastbundet til Boulder i Colorado, hvor han boede, da hans børn var dimitteret fra gymnasiet. Han var i starten af 40'erne – og han trængte til luftforandring. Han ville hjælpe, han ville gøre en forskel og vidste, at dette var sit livs chance.

Han var opvokset i en lille provinsby i Ohio, USA. Godt båret frem af de lokale lærere og lokale fonde kom han på universitetet i Ohio. Men han bestemte sig for at læse jura i Michigan, som havde et godt internationalt program. Han ville bruge jurauddannelsen til at »komme ind i udenrigstjenesten«, så han »kunne komme ud at rejse«. Hans forældre havde aldrig rejst og ej heller studeret. Efter at have startet på advokatkontoret i Boulder, havde han undervist ved universitetet i ca. 25 år og undervist sorte fængselsfanger i Statskundskab.

Bill Meyer begyndte at undersøge mulighederne for at komme til Østeuropa og hjælpe. En af de institutioner, han blev opmærksom på i 1990 var American Bar Associations (ABA) nystartede institution Central European and Euroasian Law Initiative (CEELI), hvis formål er at promovere »the rule of law« ved at støtte og rådgive omkring retsreformer i Central- og Østeuropa. Han kontaktede CEELI og fortalte, at hvis de havde brug for en med hans baggrund til at arbejde i Østeuropa på frivillig basis i et år, var han disponibel. Han fik et to-liniers brev tilbage, hvor der stod »tak vi vender tilbage«.

Tilbage vendte de. En gruppe personer fra institutionen var kommet tilbage fra Bulgarien, hvor de havde lokaliseret en mulighed for at arbejde ved det nyoprettede Centre for the Study of Democracy (CSD). Da han blev ringet op af CEELI og tilbudt at tage til Bulgarien, sagde Bill Meyer »at han ville vende tilbage efter weekenden«. Personen i telefonen spurgte, »hvorfors, skal du drøfte det med din kone?«, hvortil Bill Meyer svarede »ja, og jeg vil også finde et kort og finde ud af, hvor Bulgarien ligger«. Da Bill Meyer ringede tilbage for at meddele, at han »gerne ville gøre det«, fik han at vide, at han skulle komme til Washington og overbevise CEELI's stifter Homer Moyer om projektet. Så Jane and Bill Meyer fløj til Washington for egen regning for at fortælle, hvad de havde i tanker med at være i Bulgarien et helt år. Indtil da havde CEELI kun benyttet sig af folk, som tog ud til de Østeuropæiske lande på ugebasis. Det viste sig, at Homer Moyer var bekymret for, om Bill Meyer ville starte et advokatfirma i Bulgarien, og således bruge CEELI som påskud til at få klienter i Østeuropa. Men Bill Meyer underskrev en kontrakt

om, at han ikke ville arbejde på det, og fik således overbevist Homer Moyer om, at dette ikke var tilfældet.

De købte en flybillet til Sofia, Bill Meyer betalte selv for Janes. Han tog flyet med sin kone godt oppakket med »papirklips og blyanter«, og uden at kende nogen. Så der var han. En »country lawyer« fra Colorado, USA. På det europæiske kontinent for første gang i et af Europas fattigste lande. Uden at vide meget om landet og for at hjælpe det på, hvad han mente, var ret køl. Han var blevet en del af en »peace squad«.

Den første tid i Sofia brugte Bill Meyer på at studere landet og retssystemet samt tale med dommere, advokater, politikere og andre. Han var placeret på CSD, som bestod af to rum i det, der tidligere var den nordkoreanske ambassade. CSD delte bygningen med det lokale kommunistparti. CSD's lokaler var stort set udformet som et rum, og de sad alle rundt om tre borde. Således blev han den første vestlige advokat i Bulgarien. Han følte, der blandt bulgarerne var en nysgerrighed omkring, hvorfor nogen overhovedet ville bekymre sig om Bulgarien, hvorfor han overhovedet var kommet til Bulgarien. Men da de hørte, han var fra provinsen i USA og var der på frivillig basis, »føjte han ikke der var nogen, der var mistænkelige«.

Efter et par måneder begyndte han at føle sig mere etableret og begyndte at ville rådgive de, som ville rådgives, samtidig med at han allierede sig med reformvenlige kræfter. Han var påpasselig med at omgås personer, der kraftigt støttede det gamle regime, da han »var bange for at støde reformvenlige personer« fra sig. Dette betød også, at han fik skjulte modstandere i kampen om at reformere retssystemet. Selvom alle sagde, at de var reformvenlige, var særligt de ældre socialister ikke glade for udviklingen (se også Melone, 1998), og ældre bureaukrater inden for både universitet og statsfeltet forsøgte derfor at obstruere initiativer og reformtiltag ved simpelthen at ignorere tiltagene og udskyde dem.<sup>3</sup> Oppositionen havde mange grunde til at ville ændre retssystemet. Retten og store dele af den juridiske profession var en del af det kommunistiske styre, så for at få væltet det gamle styre var det nødvendigt at investere kraftigt i retlige reformer. Det var også grunden til, at mange af personerne bag kommunistpartiet var i åbenlys og skjult opposition til mange af reformerne.

På trods af, at Bulgarien ikke var højprioritets-land fra de vestlige lande, næsten tværtimod, blev der brugt ressourcer fra forskellige lande på at forandre landet, og der blev forhandlet bedre låneaftaler med bankerne i »the London club«. Washington var naturligvis også til stede i form af den amerikan-

<sup>3</sup> Inden for det tidligere kommunistparti var der fx flere initiativer til, hvordan man kunne forandre kommunismen til den nye verdensorden.

ske ambassade. Men sigtet for den amerikanske politik var ikke så meget at lytte til, hvad Bulgarene ønskede, men mere at føre dem i amerikansk-vestlig retning og væk fra kommunismen. Retten var et fokusområde i dette spil, og ved at investere i personer og organisationer, som selv investerede i bla. markedsret, uafhængige domstole og menneskerettigheder, kunne et boldværk skabes mod kommunismen. Dog arbejdede man fra officiel amerikansk side anderledes end CEELI. Dette kom til udtryk ved, at man fløj eksperter fra Washington ind for at rådgive om udviklingen, og de udfordringer landet stod overfor, blev defineret fra Washington uden den store dialog med de lokale.

Denne manglende indsigt i lokale forhold og omgang med de lokale kom fx til udtryk en mørk regnfuld aften i Sofia omkring år 1991, hvor den amerikanske ambassade havde afholdt et arrangement. En højtstående bulgarsk politiker stod ude i regnen rundt om hjørnet, efter arrangementet var slut, sammen med en mindre gruppe, herunder enkelte fra vesten. En af de ledende personer fra ambassaden skulle med bil hjem – og bilen formåede at ramme en større vandpyt og oversprøjte denne mindre gruppe, som ventede på taxien.

De amerikanske juridiske programmer fortsatte med især at være defineret fra Washington – ud fra hvad Dezalay og Garth kalder »the Washington consensus« (Dezalay and Garth, 2002b). Eksperter fra Washington fløj ind i kortere perioder for at definere problemer og foreskrive løsninger på disse problemer. Dette fortsatte indtil februar 2001, hvor en Washington ekspert i Østeuropa blev sendt til Sofa for at være bosiddende retlig rådgiver. Washington havde før 11. september 2001 defineret, at kriminalitet over hele verden udgjorde en trussel til USA. Så for at skabe »a first line of defence« for USA, som en amerikansk diplomat udtrykte det, i kampen mod transnationale forbrydelser, søger Washington at stabilisere de juridiske systemer i lande, hvor disse er svage – som på Balkan. En basal amerikansk interesse er at promovere stærke retlige institutioner, som diplomaten udtrykte det. Og den opgave er for vigtig til, at den kan overlades til Europæerne. Derfor overlades udbredelsen af stærke domstolssystemer, menneskerettigheder og andre juridiske områder til Washington-teknokrater.

Efter omvæltningerne i 1989 var der mange andre højtbetalte internationale konsulenter, der tog til de østeuropæiske lande for at foreskrive en udvikling. »The Marriott Brigade« fløj ind til hovedstæderne i Østeuropa for at bo på de dyreste hoteller for så at flyve tilbage til de vestlige metropoler (Quigley, 1997). Problemet var, at de var uden det store kendskab til de reelle livsforhold for Bulgarene samt til de lokale magtkampe, strukturer og behov. Derfor var disse personer vanskelige at arbejde sammen med. EU var også tilstede, men var langsomme i begyndelsen til at støtte reformgrupperne, ligesom

det var mere vanskeligt med umiddelbar støtte på grund af det bureaukratiske design. På trods af Phare-økonomers tilstedeværelse var hastigheden, EU arbejdede under, og de økonomiske kompetencer ikke ligefrem, hvad personerne, der arbejdede med transformationen, havde brug for. Dette betød, at der var afmagt over for EU rådgivningen – både fra personerne i Phare og de centrale Bulgarske personer. EU-programmernes bureaukratiske udformning, hvor kravene til konsultation, publicering, budget og regnskab etc. er særdeles omfattende betød, at det tog lang tid at få udrettet noget.

I modsætning hertil havde ABA med CEELI og Bill Meyer fundet en effektiv måde at arbejde på i et samfund under den tidlige transformation. Idet CEELI ikke er omfattet af bureaukratiske strenge krav, var det klart en fordel, når der blev arbejdet i lande som Bulgarien, hvor der var behov for, at forandringerne sker forholdsvist hurtigt. Som Bill Meyer siger »det var frustrerende for europæerne, som arbejdede der. Det var frustrerende for bulgarene, som havde behovet for tilbagemeldinger relativt hurtigt, at det ikke var muligt at få tilbagemeldinger fra Unionen, fordi det var nødvendigt at følge de komplekse procedurer.« CEELI var også i andre lande en af de første vestlige reformorganisationer i de første par år. Da Sovjetunionen kollapsede for alvor omkring 1991 var CEELI allerede etableret og organiseret, så det var, med Bill Meyers ord, »forholdsvis let at ekspandere programmet dertil.« En af styrkerne for CEELI's programmer synes at være, at de er baseret på frivillige, og hvis det blev besluttet at gøre noget, var der ikke langt fra ord til handling. En forretningsopbygning som kan handle og etablere sig hurtigt.

Begrebet »liason« blev benyttet som titel på CEELI's udsendte frivillige medarbejdere, idet det udtrykker en uafhængighed fra både den amerikanske regering og også til dels den organisation, der arbejdes i. Frivillige, som på den ene side handler på egen hånd og under eget ansvar, og på den anden side er støttet og opbakket af CEELI. Med CEELI viste det sig, at det er lettere at tilknytte sig en sådan organisation, hvor der ikke er langt til handling i modsætning til det tungere og langsommere EU. Samtidig hermed sendte man en person af sted, som direkte kunne interagere på daglig basis i landet og dermed gøre tilknytningen større via de venskabsbånd, der blev knyttet. Mange af de personer, Bill Meyer arbejdede med, blev hans personlige venner under opholdet i Bulgarien. Med Bill Meyer havde CEELI fået en person, som var der på frivillig basis over en længere periode, en venlig mand fra USA, som hverken var en del af »the Chicago boys« eller »Wall Street boys«. Han arbejdede ikke umiddelbart som trojansk hest i forhold til sit advokatfirma i Boulder, men gjorde det af idealistiske årsager. Med sin venlige og »open-minded« kone levede de blandt og i høj grad som de lokale, hvilket blandt andet indebar, at Jane, som den eneste vestlige kvinde, ikke havde en »house



keeper«, men stod i kø i supermarkedet for at købe mælk ganske som de lokale. Han så mere til bulgarene end til amerikanere under opholdet. En del af disse har han senere haft på personligt besøg i Boulder, Colorado, og også hjulpet til uddannelsesprogrammer både ved universiteter, ved domstole og advokatfirmaer i USA. Så fredssoldaten allierede sig med reformisterne i Bulgarien og trænede og bevæbnede dem i sit hjemland godt støttet af ABA. Hermed var grundstenene lagt til en effektiv rådgivning, som ikke kun omfattede formelle procedurer og universelle retlige indretninger, men også basale ting som organisering, arkivering samt mere værdi- eller kulturorienterede områder. Områder »the Marriott Brigade« ikke var i stand til at rådgive om, da de var alt for distancerede til bulgarene. Hvis der var brug for rådgivning Bill Meyer ikke kunne give, hvilket var ganske ofte, blev internationale eksperter dog hentet ind udefra, eksperter valgt af ABA fra både USA og Europa.

Således, ved at alliere sig med udfordrerne til det kommunistiske styre, kunne han optimere sit arbejde med at reformere retssystemet i Bulgarien. Det var særligt unge veluddannede personer og i høj grad kvinder, der deltog i denne alliance – grupper som under dække af den politiske transformation også førte generations- og kønskamp. Så på trods af at CEELI's officielle mål var at hjælpe, hvor der »var brug for det«, arbejdede Bill Meyer bevidst med personer, som var i »en position til at fratage den gamle elite magten.« Mange af disse var UDF folkene fra den nye regering – folk som havde set skiftet til at få indflydelsesrige positioner. Arbejdet omfattede »the water front«, reformer inden for advokatsektoren, domstolsreformer, privatiserings-reformer, juridiske fakulteter og administrative reformer. De reformvenlige personer formåede da også at skabe sig langvarige toppositioner i det felt, som arbejder med spørgsmål vedrørende domstole, menneskerettigheder og retsstat ved at investere i reformer i den tidlige reformperiode.

Bill Meyers og reformadvokaternes arbejde var godt opbakket af økonomer fra Verdensbanken, IMF og andre store organisationer, som alle anbefaler, at der skal udvikles uafhængige domstole, markedsbaseret økonomi samt demokrati. Af forskellige oppositionskredse blev alliancen lavet med de personer, som investerede i den nyere retlige ortodoksi om menneskerettigheder, retsstat og uafhængige domstole (Se Dezalay and Garth, 2002a). Og det på trods af, at Bill Meyer mente, i modstrid med den officielle amerikanske holdning, at »hovedparten af det bulgarske folk ikke ønskede så omfattende reformer.« Oppositionen kunne samtidig legitimere reformprocesserne godt støttet af internationale udviklingskrav og -forslag, som alle kunne legitimere oppositionen.

For at assistere Bill Meyer i arbejdet havde CSD fundet nogle medhjælpere. En af disse var Yonko Grozev.

#### *4.2. Menneskerettigheder*

I 1991 studerede Yonko Grozev jura ved St. Kliment Ohridski Universitetet i Sofia. Han havde gået i engelsktalende gymnasium i Bulgarien, hvilket kvalificerede ham til at arbejde hos CSD for Bill Meyer. En dag blev han ringet op af en ven fra sit tidligere gymnasium, som arbejdede for CSD. Vennen spurgte, om ikke også han ville arbejde for centeret for en amerikansk advokat. Bill Meyer havde ikke penge til at betale for arbejdet, men de ville få muligheden for at arbejde sammen med en amerikansk advokat i et år. Bill Meyer fortalte dem, at de ville kunne se, hvordan en amerikansk advokat opererer, og at han forhåbentlig kunne hjælpe dem til USA for at studere. Alle tre fik en master i international ret fra Harvard University.

Da Yonko Grozev startede, var han ikke specielt interesseret i at deltage aktivt i reformprocesserne, men gennem arbejdet for og med Bill Meyer blev han hurtigt engageret. Han arbejdede dels med at skabe kontakt mellem Bill Meyer og reformvenlige personer i Bulgarien, dels med at oversætte både dokumenter, samtaler og møder. Ydermere diskuterede han mange problemstillinger med Bill Meyer. Med dette arbejde mødte han store dele af de personer, som arbejdede med at reformere retssystemet, og fik således kendskab til hele feltet og fik selv positioneret sig med social kapital i form af de netværk, han blev en del af. Dette blev brugt på at fremme menneskerettighedssagen. Han mødte andre bulgarske jurister, som investerede i menneskerettigheder gennem en London baseret menneskerettighedsorganisation Interights.

Indtil systemskiftet i 1989 havde forskellige opponenter til det kommunistiske styre investeret symbolsk i menneskerettigheder og økologiske foreninger, hvorudfra de legitimt kunne kritisere det etablerede styre. Allieret med undergrundspressen samt Radio Free Europe – en radiostation finansieret af den amerikanske regering og hvis formål er at fremme demokrati og markedsøkonomi – skabtes en platform, ud fra hvilken oppositionen kunne tage kampen op mod personerne i kommunistpartiet. Første generation af højtuddannede økologi- og menneskerettighedsadvokater i landet blev reformister til det etablerede styre – som det i øvrigt også er sket i Latinamerika (Dezalay and Garth, 2002b). De var ikke nødvendigvis uddannede jurister, men de havde former for kulturel og social kapital via deres høje uddannelser og positioner ved universitetet. Med de politiske menneskerettigheder kunne de på den ene side vise, hvad der var galt med det etablerede styre samtidig med, de personligt fik et godt udgangspunkt for at positionere sig selv til et nyt styre. Ved at investere i disse økologiske- og menneskerettighedsbevæ-

gelse, som fungerer som en universaliseret form for symbolsk kapital, blev de legitimeret til at blive helt centrale personer i den videre reformproces. Disse organisationer blev skabt af veluddannede kosmopolitter. Mange af disse var tidligere eller var stadig medlemmer af kommunistpartiet, som havde set at forandringerne var gennemgribende, og at der ville ske en forandring i landets og partiets magtstrukturer.

Efter omvæltningerne fik jurister fra de større byer med hjælp af udenlandske fonde som George Soros' Open Society trængt sig ind på og overtaget menneskerettighedsfeltet. Menneskerettigheder blev brugt til at skabe sig karrierer både nationalt og internationalt. Ved at gå ind på menneskerettighedsområdet kunne det retlige felt forandres. I dette spil blev den Europæiske Menneskerettighedsdomstol en vigtig alliancepartner for, at de kunne promovere sig selv og menneskerettighedsområdet. Som en førende menneskerettighedsadvokat sagde: »de bulgarske domstole er ikke villige til at høre på argumenter fra ukendte advokater, som arbejder for en NGO – en menneskerettigheds NGO. Jeg er blevet grint af under retsprocedurer. Det var klart, at den Europæiske Menneskerettighedsdomstol havde et meget bedre perspektiv, fordi det har et »top-down« perspektiv. Dette bureaukratiske setup af systemet bag den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kunne blive brugt mod det bulgarske bureaukrati. Så ved at vinde sager i den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ville alle retterne nedefter høre på os, da menneskerettighedsdomstolen er toppen af retterne. Der er en vis prestige ved dommene fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.«

Så ved hjælp af menneskerettighedssager ved den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kunne de førende menneskerettighedsadvokater positionere sig i det retlige felt. Ved at retliggøre og hermed objektivere menneskerettighederne kunne de skabe sig positioner, hvorudfra de kunne blive førende eksperter.

## **5. Afslutning**

I denne artikel har det været forsøgt at give et indblik i baggrunden for mit post doc. projekt om transformationen af retlige felter i Østeuropa, samt at præsentere metodologiske og teoretiske forudsætninger for undersøgelsen. Undersøgelsens forskningsstrategi bygger på Bourdieus reflektive sociologi og Dezalay og Garths retssociologiske videreudvikling af denne med henblik på at undersøge transnationalisering af retten. Ydermere er grænserne for den videnskabelige repræsentation og præsentation søgt udforsket. Først ved at diskutere spørgsmålet og dernæst ved at give et lille indblik i mit post doc. projekt om, hvordan det retlige felt i Bulgarien transformeres.

## Referencer

- Bourdieu, P., Chamboredon, J.-C. and Passeron, J.-C. (1991) *The Craft of Sociology: Epistemological Preliminaries*. Berlin: Walter de Gruyter.
- Bourdieu, P., Wacquant, L. J. D. (1992) *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: University of Chicago Press.
- Bourdieu, P. (1993) *Sociology in Question*. London: Sage Publications.
- Bourdieu, P. (1996) *The State Nobility*. Cambridge: Policy Press.
- Bourdieu, P. (1998) *Practical Reason: On the Theory of Action*. Stanford: Stanford University Press.
- Dezalay, Y. (1990) 'The Big Bang and the Law', in: Featherstone, M. (Ed.), *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity*. pp. 279-294. London: Sage.
- Dezalay, Y., Garth, B. G. (1996) *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Field*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Dezalay, Y., Garth, B. G. (2001) 'The Import and Export of Law and Legal Institutions: International Strategies in National Palace Wars', in: Nelken, D., Feest, J. e. (Eds.), *Adapting Legal Cultures*. pp. 241-256. Oxford: Hart Publishing.
- Dezalay, Y., Garth, B. G. (2002a) *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Dezalay, Y., Garth, B. G. (2002b) *The Internationalization of Palaces War: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press.
- Dimitrov, V. (2001) *Bulgaria: The Uneven Transition*. London: Routledge.
- Dolfe, I. (1992) 'Rättsutvecklingen i Bulgarien 1989-1991', SvJT: 365-374.
- Enriquez, C. G. (1998) 'Elites and Decommunization in Eastern Europe', in: Higley, J., Pakulski, J. and Wesolowski, W. (Eds.), *Postcommunist Elites and Democracy in Eastern Europe*. pp. 277-295. Hampshire: Macmillan Press.
- Gardner, J. A. (1980) *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison: The University of Wisconsin Press.
- Hammerslev, O. (Forthcoming) 'Transformation af Østeuropæiske retsfelter: Import og eksport af professionel kompetence og ressourcer i transformationsprocessen mod EU. Bulgarien som case', in: Hydén, H. (Ed.), *Rettssociologi*. Lund: Rettsociologisk rapportserie.
- Hammerslev, O. (2003) *Danish Judges in the 20th Century: A Socio-Legal Study*. Copenhagen: DJØF Publishing.
- Higley, J., Lengyel, G. (Eds.) (2000) *Elites after State Socialism: Theories and Analysis*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
- Higley, J., Pakulski, J. and Wesolowski, W. (Eds.) (1998) *Postcommunist Elites and Democracy in Eastern Europe*. Hampshire: Macmillan Press.
- Lepenies, W. (1988) *Between Literature and Science: The Rise of Sociology*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Madsen, M. R. (Forthcoming) 'Studying Legal Fields: Between National and International Sociology of Law', in: Banakar, R., Travers, M. (Eds.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Oxford: Hart Publishing.
- Madsen, M. R., Dezalay, Y. (2002) 'The Power of the Legal Field: Pierre Bourdieu and the Law', in: Banakar, R., Travers, M. (Eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*. pp. 189-204. Oxford: Hart Publishing.
- Melone, A. P. (1998) *Creating Parliamentary Government: The Transition to Democracy in Bulgaria*. Columbus: Ohio State University Press.
- Nelken, D., Feest, J. (Eds.) (2001) *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing.

- Priban, J., Young, J. (Eds.) (1999) *The Rule of Law in Central Europe: The Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*. Aldershot: Dartmouth Publishing Company.
- Quigley, K. F. F. (1997) *For Democracy's Sake: Foundations and Democracy Assistance in Central Europe*. Washington: The John Hopkins University Press.
- Wagner, P., Wittrock, B. and Whitley, R. (Eds.) (1991) *Discourses on Society. The Shaping of the Social Science Disciplines*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

# Hist, hvor vejen slår en bugt - om hjemstedsbegrebet i dansk og europæisk selskabsret

af

*Søren Friis Hansen*

## **1. Om begrebet hjemsted**

I april 2005 fejres 200-året for H.C. Andersens fødsel. På H.C. Andersens tid, var begrebet "hjemsted" forholdsvis klart afgrænset. I bredeste forstand symboliseres dette af Andersens tekst til sangen: Hist, hvor vejen slår en bugt, der stammer fra 1829. Her var familiens hjemsted det lille hus ved vejen. På daværende tidspunkt levede mange mennesker i Danmark hele deres liv, uden at de havde været uden for den egn, hvor de var født. Rejser til udlandet var forbeholdt en beskedent del af befolkningen. Tilsvarende gjaldt for erhvervslivet. Udenrigshandelen var ganske vist stærkt stigende op igennem det nittende århundrede, men hovedparten af de erhvervsvirksomheder, der eksisterede i Danmark, havde kun meget begrænset samhandel med virksomheder, hvis hjemsted var placeret uden for kongeriget. Hovedparten af aktierne i danske selskaber var ejet af personer, der havde bopæl i Danmark, og som sædvanligvis tillige var danske statsborgere. Antallet af danske virksomheder, der var etableret i udlandet i den forstand, hvor begrebet etablering anvendes i dag, var beskedent. Tilsvarende var omfanget af udenlandske virksomheders etablering i Danmark gennem en filial eller et datterselskab beskedent. Da den første danske fimalov fra 1862 blev vedtaget, var behovet for at fastsætte nærmere krav vedrørende virksomheder og selskabers tilknytning til Danmark derfor beskedent.

I international selskabsret sondres generelt mellem på den ene side et selskabs vedtægtsmæssige hjemsted og på den anden side dets faktiske hjemsted. Ved det vedtægtsmæssige hjemsted forstås det sted, der i vedtægterne er angivet som selskabets hjemsted. Ved det faktiske hjemsted, forstås det sted, hvorfra selskabet faktisk ledes. Et selskabs hjemsted er et af de centrale kriterier, der anvendes ved afgørelse af, hvilken stats retsregler, der skal finde anvendelse for selskabet. Spørgsmålet om, hvilke materielle krav, der stilles til et selskabs hjemsted, har nær sammenhæng med spørgsmålet om, hvilke kriterier, der skal lægges til grund ved fastlæggelse af selskabsstatut-

tet, eller selskabets nationalitet. I de tidlige danske fremstillinger af selskabsretten er spørgsmålet om fastlæggelse af selskabers nationalitet enten slet ikke omtalt, eller også er det kun behandlet ganske overfladisk. Den første større undersøgelse af dette spørgsmål i dansk ret er Allan Philips disputats fra 1961, Studier i den internationale selskabsrets teori. Siden Allan Philips disputats har der været almindelig enighed om, at spørgsmålet om fastlæggelse af et selskabs nationalitet, og dermed af hvilke nationale retsregler, et selskab er underlagt, efter dansk international selskabsret skal afgøres ud fra hvilket lands regler, der har været lagt til grund ved selskabets stiftelse.<sup>1</sup>

Udgangspunktet for denne undersøgelse er Erhvervsankenævnets kendelse af 18. november 2003 (nedenfor afsnit 2). Kendelsen vedrører en central selskabsretlig problemstilling, og den behandler således spørgsmålet om, hvorvidt der efter gældende dansk ret kan stilles krav om, at et dansk registreret selskab faktisk skal ledes og administreres fra den adresse, der er angivet som selskabets vedtægtsmæssige hjemsted. På baggrund af kendelsen undersøges det retlige grundlag for at opstille et sådant krav (nedenfor afsnit 3).

Den sag, som kendelsen angik, vedrørte en situation, hvor et dansk anpartsselskab havde valgt at lade sit vedtægtsmæssige hjemsted registrere på en adresse, der tilhørte et kontorhotel i Danmark, og hvor selskabets virksomhed faktisk foregik på en anden adresse, der ligeledes var beliggende i Danmark. I den pågældende sag indgik således ikke et grænseoverskridende element, og der var derfor ikke grundlag for at lade fællesskabsrettens regler om selskabers etableringsfrihed få betydning for afgørelsens resultat. Såfremt det danske anpartsselskab, der var genstand for den konkrete sag, ikke havde angivet et dansk kontorhotel som vedtægtsmæssigt hjemsted, men i stedet havde ladet alle selskabets faktiske aktiviteter foregå i en anden EU-stat, ville der derimod have været tale om en situation, der involverede et grænseoverskridende element. Såfremt der måtte opstå en sådan situation, er der ingen tvivl om, at EF-traktatens regler om etableringsfrihed (artiklerne 43 og 48 EF) ville finde anvendelse i den pågældende sag. Det skal derfor

<sup>1</sup> Jf Allan Philip, Studier i den internationale selskabsrets teori (1961), s. 146 f. "På denne baggrund bliver anvendelse af stiftelseslandets (registreringslandets) lov – den rent faktisk har fundet anvendelse ved selskabets stiftelse og i henhold til hvilken det er indrettet, af hvis anvendelse ofte er blevet konstateret ved registrering – den naturlige tilknytning i selskabsretlige forhold. I hovedparten af tilfældene stemmer dens anvendelse som tidligere nævnt med de øvrige tilknytningsmomenter, som der kan være tale om at lægge vægt på. For stiftelseslandets lov taler endvidere, som det er blevet sagt og ndf. nærmere skal illustreres "demands of convenience, certainty and ease of application". Se tilsvarende Mette Neville, Juristen 1997, s. 145-172. Se dog tillige H.B.Krenchel, Haandbog i dansk Aktieret (2. udg. 1954), s. 144 f, der vil lade det være afgørende, hvor ledelsen er koncentreret, således at selskabets hovedsæde skulle være den afgørende faktor. Dette synspunkt må dog i dag anses for at være forladt.

undersøges, hvorvidt håndhævelse af den praksis, der er en følge af Erhvervsankenævnets afgørelse, vil være i overensstemmelse med gældende fællesskabsret, i forhold til et selskab, hvis vedtægtsmæssige hjemsted er beliggende i Danmark, men som måtte vælge at flytte sit faktiske hjemsted til en adresse, der er beliggende i en anden medlemsstat (nedenfor afsnit 4).<sup>2</sup>

## **2. Erhvervsankenævnets kendelse af 18. november 2003**

Sagen vedrørte selskabet K ApS, der var blevet stiftet i 2000. Selskabets formål var angivet som udvikling, handel, produktion, import og eksport samt investering i bl.a. fast ejendom. Selskabets hovedaktivitet var import af reservedele fra Holland. Selskabet havde oprindeligt ladet direktørens privatadresse registrere som dets vedtægtsmæssige hjemstedsadresse. Dette medførte imidlertid en række ulemper, idet vigtig post ikke kom frem, og telefoniske henvendelser ikke kunne besvares i dagtimerne. Selskabet ændrede derfor i november 2000 den angivelse af selskabets hjemstedsadresse, der var registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Denne nye hjemstedsadresse var beliggende hos en virksomhed, A, der sælger adresseservice (et såkaldt "kontorhotel"). Al post, der var adresseret til K ApS, blev af denne virksomhed videresendt til en anden adresse. Denne adresse var identisk med den faste ejendom, som K ApS ejede i Danmark. De varer, som selskabet importerede, blev tillige sendt til denne adresse, hvorfra de blev videresendt til selskabets kunder.

I 2001 traf den lokale Told- og Skatteregion afgørelse om, at selskabet K ApS' adresse administrativt blev flyttet til den faste ejendom, der var ejet af selskabet. Denne afgørelse begrundede skattemyndighederne med, at adressen hos A ikke kunne anses for selskabets adresse, eftersom K ApS ikke blev drevet fra denne adresse, og selskabets regnskabsmateriale ikke blev opbevaret her. Skattemyndighederne argumenterede endvidere med, at det ikke var muligt at foretage kontrolbesøg vedrørende K ApS på den registrerede adresse, idet der her alene kunne træffes repræsentanter for virksomheden A. Skattemyndighederne krævede på denne baggrund, at K ApS flyttede adresse til den faste ejendom, eftersom man havde konstateret, at der her faktisk foregik aktivitet, der var relateret til selskabets virksomhed.

I marts 2002 fremsendte Told- og Skatteregionen sin afgørelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med henvisning til bestemmelsen i ApSL § 5, stk. 1, nr. 2. I april og maj 2002 pålagde Erhvervs- og Selskabsstyrelsen K ApS at ændre sin hjemstedsadresse til den adresse, hvor selskabets ledelse og administration faktisk foregik, og man meddelte selskabet, at direktøren ville blive pålagt en ugentlig bøde på 2.000 DKK, såfremt selskabet ikke efterkom denne anmodning. Da selskabet ikke reagerede på denne henvendel-

<sup>2</sup> Kendelsen er indgående analyseret hos *Hanne Søndergaard Birkemose*, NTS 2004, s. 265-277.



se, meddelte Styrelsen, at der ville blive foretaget udlæg for de skyldige bøder. Selskabets direktør forklarede, at det var korrekt, at selskabet ikke blev ledet fra den i vedtægterne angivne hjemstedsadresse, men at det blev ledet af direktøren. Direktøren forklarede videre, at han ikke havde noget fast kontorsted, men at han udførte sine ledelsesfunktioner fra sin mobiltelefon, når han kørte rundt og opsøgte kunder i selskabets tjeneste.

I august 2002 indbragte K ApS Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse for Erhvervsankenævnet, der traf afgørelse i sagen den 18. november 2003. Idet ankenævnet henviste til bestemmelser i anmeldelsesbekendtgørelsen og bestemmelsen i ApSL § 5, nr. 2, konkluderede ankenævnet:

”Efter de foreliggende oplysninger lægges det til grund, at adressen .... X-by, tilhører virksomheden A, som bl.a. sælger adresseservice, telefonbesvarelse og videreomstilling, og som på vegne af K ApS alene besvarer telefonhenvendelser til selskabet og videresender post til selskabet til en nærmere angiven postboks. På adressen forefindes ikke bogføringsmateriale eller andet, som indikerer, at selskabet faktisk ledes og administreres fra adressen. Det tiltrædes derfor, at K ApS ikke har hovedkontor på adressen, .... X-by, og at denne adresse derfor ikke kan være registreret som selskabets hjemstedsadresse. Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 28. juni 2002.”

### **3. Regelværket**

#### *3.1 Skatte- og afgiftsret*

Der findes en række forskellige retsregler, som angår spørgsmålet om selskabers vedtægtsmæssige hjemsted og adresse. I det følgende gennemgås de væsentligste af disse med henblik på at belyse, om de afgørelser, der er truffet af myndighederne i denne sag, er i overensstemmelse med gældende dansk ret. Indledningsvis bemærkes, at initiativet til den sag, der gav anledning til Erhvervsankenævnets kendelse, kom fra den lokale Told- og Skatteregion. Skattemyndighederne havde efter det oplyste været på kontrolbesøg hos virksomheden A. Ved dette kontrolbesøg havde man konstateret, at der ikke var nogen selskaber, der havde driftssted på, eller som blev ledet fra A's adresse.

Spørgsmålet om angivelse af selskabers adresse til Told og Skat har stor praktisk betydning. I en række skatte- og afgiftslove er det således foreskrevet, at virksomheder, der udøver aktiviteter, som falder under den pågældende lov, skal anmeldes til registrering hos Told- og Skat, jf eksempelvis momslovens § 47, og forudsætningsvis kildeskattelovens § 85. Indtil juni 2004 var udgangspunktet, at en anmeldelse til registrering, der skete i henhold til en skatte- eller afgiftslov, skulle foretages til den lokale Told- og Skatteregion, der så stod for registreringen af virksomheden, idet de registrerede oplysninger blev indført i det Centrale Virksomhedsregister (CVR). Ved finansloven for 2004 blev der imidlertid truffet en beslutning om, at al grundregistrering af virksomheder for fremtiden skal flyttes fra Told og Skat

til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Denne beslutning blev sat i kraft den 14. juni 2004, jf bekendtgørelse nr. 414 af 3. juni 2004 og bekendtgørelse nr. 508 af 10. juni 2004. Hjemlen til denne overflytning af registreringskompetencen er en tekstanmærkning til finansloven for 2004.<sup>3</sup> En sådan fremgangsmåde vedrørende fastlæggelse af hjemmelsgrundlaget angående kompetencen til at foretage grundregistrering af virksomheder er formelt set uangribelig. Lovteknisk er der imidlertid tale om en særdeles uhensigtsmæssig fremgangsmåde, som må forventes at medføre betydelige vanskeligheder, når systemet skal administreres i praksis.

Uanset kompetencen til at foretage registrering af en virksomhed i henhold til skatte- og afgiftsretlige love således nu formelt et fastsat med hjemmel i finansloven for 2004, skal de *materielle krav*, der stilles ved registrering i henhold til en skatte- og afgiftsretlig lov imidlertid fortsat udledes af den pågældende lov.<sup>4</sup> Virksomheder, der registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, indføres i CVR-registeret og bliver tildelt et CVR-nummer i forbindelse med registreringen, jf CVR-lovens § 5, stk. 1. Uanset om en virksomhed registreres i CVR medfør af en selskabsretlig lov, en skattelov eller en afgiftslov, skal der i CVR-registeret optages en række grunddata om virksomheden, jf nærmere CVR-lovens § 11. Et af de grunddata, der registreres i CVR, er virksomhedens adresse. Der findes hverken i de berørte skatte- og afgiftslove eller i CVR-loven materielle bestemmelser, der kan tjene som hjemmel til at opstille et krav om, at der skal foregå en aktivitet, på den adresse, der af en registreret virksomhed angives som den registrerede hjemstedadresse i CVR. Ligeledes er der ikke hjemmel til at opstille et krav om, at et selskab skal ledes og administreres fra den adresse, der er registreret i CVR. Det kan endvidere ikke udledes af CVR-loven, at den adresse, der skal registreres i medfør af denne lov, skal være sammenfaldende med den adresse, der er registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som selskabets vedtægtsmæssige hjemsted. Det kan på denne baggrund konkluderes, at den administrative flytning af K ApS's adresse, som i den konkrete sag blev gennemført af den lokale Told- og Skatteregion, har savnet fornøden hjemmel. Dette er formentlig årsagen til, at skattemyndighederne besluttede at overgive sagen til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med henblik på behandling i medfør af anpartsselskabslovens § 5.

### 3.2 Selskabers vedtægtsmæssige hjemsted

I selskabslovene findes en række bestemmelser, som indebærer krav om, at et selskab, der er registreret i Danmark, skal have en vis form for tilknytning

<sup>3</sup> Jf Tekstanmærkning nr. 109 ad 08.21.22 til § 8 i finansloven for 2004.

<sup>4</sup> I de to bekendtgørelser, der er udstedt i forbindelse med en overflytningen af registreringskompetencen til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, er de skatte- og afgiftsretlige love, der er berørt af den ændrede kompetencefordeling, anført i hhv. bilag I og bilag II.

her til landet. Den centrale bestemmelse i så henseende er ASL § 4, stk. 1, nr. 2 (ApSL § 5, nr. 2). Det følger af denne bestemmelse, at der i et aktie- eller anpartsselskabs vedtægter skal optages en bestemmelse om:

”den kommune her i landet, hvor selskabet skal have hjemsted (hovedkontor)”.

Det følger af anmeldelsesbekendtgørelsens<sup>5</sup> § 6, nr. 2, at der ved registrering af et aktieselskab, et anpartsselskab, et partnerselskab samt en finansiell virksomhed, skal gives oplysning om virksomhedens navn og adresse.<sup>6</sup> Erhvervsdrivende fonde skal i deres vedtægter angive den kommune her i landet, hvor fonden har hjemsted (hovedkontor), jf LEF § 7, stk. 1, nr. 3. Ved anmeldelse til registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal fonden give oplysning om fondens adresse, jf anmeldelsesbekendtgørelsens § 14, stk. 1, nr. 1. Tilsvarende skal der ved anmeldelser i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder gives oplysning om virksomhedens adresse for så vidt angår virksomheder med begrænset ansvar (jf LEV § 3), og interessentskaber eller kommanditselskaber (jf LEV § 2), jf LEV § 10, stk. 3, samt anmeldelsesbekendtgørelsens § 10, stk. 1, nr. 2, og § 11, stk. 1. Den eneste forskel på dette punkt mellem på den ene side virksomheder omfattet af LEV og på den anden side virksomheder omfattet af hhv. ASL, ApSL og LEF, er, at bestemmelsen i LEV § 10, stk. 3, alene foreskriver anmeldelse af adresse og hjemsted, medens ordet ”hovedkontor” ikke optræder i denne bestemmelse.

Da kravet om angivelse af en virksomheds adresse ved anmeldelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i medfør af de selskabsretlige love i alt væsentligt er identisk for alle de nævnte typer af virksomheder, følger det heraf, at Erhvervsankenævnets kendelse ikke blot har betydning for anpartsselskaber. Kendelsen har derimod betydning for samtlige typer af virksomheder, der registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i medfør af ASL, ApSL, LEV og LEF.<sup>7</sup> Det afgørende retsfaktum, der er af betydning for den problemstilling, som Erhvervsankenævnets kendelse angik, er således be- greberne: ”hjemsted” og ”hovedkontor”.

<sup>5</sup> Jf bekendtgørelse nr. 72 af 11. februar 2002.

<sup>6</sup> Det følger af Erhvervsankenævnets praksis, at den adresse, der anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, skal være beliggende i den kommune, der er angivet som selskabets vedtægtsmæssige hjemsted, jf hertil Erhvervsankenævnets kendelse af 25. april 1996 (Årsberetningen s. 167 ff).

<sup>7</sup> Jf om afgørelsens betydning for registreringspligtige personselskaber *Søren Friis Hansen og Jens Valedemar Krenchel*, Dansk selskabsret 3 (2004), s. 328f.

### 3.3 Den historiske baggrund for kravet om angivelse af hjemsted

Det danske system vedrørende registrering af selskaber og virksomheder i selskabsretlig henseende har sin oprindelse i firmaloven af 1862.<sup>8</sup> I henhold til denne lovs § 1 var det en betingelse for at drive virksomhed under et særskilt forretningsnavn, at der var indgivet anmeldelse om navnet til: "*den Øvrighedskreds (Jurisdiction) hvorunder eller hvorfra Næringen drives*". For anonyme Selskaber (dvs. aktieselskaber), var det bestemt i lovens § 6, at selskabets bestyrelse skulle indgive anmeldelse til: "*Øvrigheden i den Øvrighedskreds, hvorunder eller hvorfra Foretagendet skal drives*". Denne anmeldelse skulle bl.a. angive selskabets "*Hjemsted*".<sup>9</sup> Det bestemtes videre i 1862-lovens § 15: "*Det i Henhold til § 2, Nr. 1 og § 6 Nr. 1 opgivne Hjemstedets Ret betragtes som Firmaets, Selskabets eller Foreningens Hjemting, om end Deeltagerne eller Bestyrerne alle eller nogle have andet personligt Hjemting, ligesom Sager mod Selskabet, Firmaet eller Foreningen kunne indklages for samme Steds Forligskommission, og det skal være tilstrækkeligt at give Kald og Varsel til den eller de Deeltagere eller Bestyrere, som boer paa det opgivne Hjemsted, og hvis ingen af dem boer der, da paa Interessentskabets eller Selskabets Kontor eller Forretningslejlighed*". Angivelsen af en virksomheds hjemsted havde i henhold til 1862-loven to retsvirkninger. Den primære retsvirkning var, at hjemstedet var afgørende for fastlæggelse af registreringsmyndighedens stedlige kompetence. Den anden retsvirkning var, at det vedtægtsmæssige hjemsted tillige var afgørende ved fastlæggelse af selskabets værning i procesretlig henseende, jf 1862-lovens § 15. I øvrigt synes 1862-lovens § 6 at bygge på en forudsætning om, at et aktieselskab rent faktisk blev drevet fra den øvrighedskreds, der var angivet som vedtægtsmæssigt hjemsted, men der var ikke i loven fastsat sanktioner for det tilfælde, at denne forudsætning ikke var opfyldt, ligesom der ikke ud fra lovens ordlyd kunne opstilles nærmere kriterier for, hvad der skulle til, for at et selskab kunne siges at være "drevet" fra den pågældende øvrighedskreds.

Anvendelsen af begrebet "Hjemsted" i firmaloven af 1862 havde i praksis givet anledning til en del tvivl.<sup>10</sup> Firmaloven af 1862 blev i 1889 afløst af en revideret lov, der var blevet til som et resultat af et fællesnordisk lovforberedende samarbejde.<sup>11</sup> I henhold til firmaloven af 1889 skulle interessentskaber og kommanditselskaber (jf lovens § 18, stk. 1, nr. 3) samt aktieselskaber (jf lovens § 19, stk. 1, nr. 3) ved anmeldelsen til handelsregisteret

<sup>8</sup> Jf Lov om Benyttelsen af Firmaer, nr. 431 af 23. januar 1862.

<sup>9</sup> Forarbejderne til Firmaloven af 1862 giver ikke nogen fortolkningsbidrag vedrørende forståelsen af begrebet "hjemsted", jf hertil FT 1861 Anhang A, 695-696.

<sup>10</sup> Jf *Henrik Vedel*, UfR 1890, s. 1042.

<sup>11</sup> Jf lov nr. 23 af 1889.

angive: "den kommune, hvor forretningskontoret (filialen) findes". Det nærmere indhold af begrebet "forretningskontor" havde været genstand for drøftelser i forbindelse med det fællesnordiske lovforberedende arbejde, der lå til grund for fimaloven. Det var lovgivers udgangspunkt, at begrebet "forretningskontor" skulle fortolkes som stedet for ledelsens sæde,<sup>12</sup> hvilket da også gav sig udslag i administrativ praksis.<sup>13</sup> Der kan imidlertid ikke af forarbejderne til fimaloven udledes, at det var et ufravigeligt krav, at det anmeldte forretningskontor skulle være sammenfaldende med det sted, hvor ledelsen faktisk havde sit sæde. I procesretlig sammenhæng er det således klart, at forretningskontoret udgjorde selskabets værneting.<sup>14</sup> Det fulgte således eksempelvis af den norske handelsregisterlovs § 34, at forretningskontoret skulle anses for selskabets hjemsted i alle retslige anliggender. Der var imidlertid enighed om, at såfremt et selskabs ledelse faktisk havde sit sæde et andet sted, kunne sager mod selskabet også anlægges her.<sup>15</sup>

Det forhold, at en kommune i Danmark blev anvendt som kriterium ved beskrivelse af selskabers hjemsted har sin oprindelse i fimalovens systematik, eftersom registreringer i henhold til denne lov skete lokalt. Handelsregistre var således kommunalt baseret. Angivelse af hjemkommunen tjente således som kriterium ved fastlæggelse af, hvilket handelsregister, der havde den stedlige kompetence i forhold til de virksomheder, der blev anmeldt til registrering. Ved vedtagelsen af den første danske aktieselskabslov fra 1917 skabtes et nationalt register til registrering af aktieselskaber; Aktieselskabsregisteret, der havde sæde i København. De lokale handelsregistre bibeholdtes dog som ansvarlige for registreringer i henhold til fimaloven. Det var først i 1989, at al selskabsretlig registrering i Danmark blev samlet hos en national myndighed; kaldet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Uanset der med aktieselskabsloven af 1917 blev indført en national registreringsmyndighed for aktieselskaber, fastholdes kommunen som kriterium

<sup>12</sup> Jf hertil *Mette Neville*, *Juristen* 1997, s. 154, der gennemgår forarbejderne til 1889-loven.

<sup>13</sup> Jf hertil *Allan Philip*, *Studier i den internationale selskabsrets teori*, (1961), s. 167, der referer en skrivelse fra Justitsministeriet, nr. 162 af 5. maj 1908. Skrivelsen angik en sag, hvor to personer bosiddende i hhv. Berlin og Köln havde stiftet et dansk aktieselskab under et midlertidigt ophold her i landet. En herboende person var indsat som prokurist. Ministeriet afviste registrering under henvisning til, at det var en forudsætning herfor, at selskabet: "ledes af en her i landet værende bestyrelse, evt. et bestyrelsesmedlem, med forretningskontor her, samt at anmeldelsen udgår fra denne, hvem ansvaret over for handelsregisteret må hvile". (citeret efter forfatteren)

<sup>14</sup> Se hertil *Michael Hansson*, der i TfR 1932, s. 296-312, analyserer spørgsmålet om selskabers værneting. Hansson konkluderer (s. 306): "Jeg mener således å ha påvist at det som en sund og god hovedregel må opstilles, at et selskap har sitt hjemting der hvor dets styre efter statutterne har sitt sæte, ti dette er juridisk sett selskapets hovedkontor".

<sup>15</sup> Jf således for norsk ret *Mads Henry Andenæs*, *Sameier og selskaper* (1977), s. 395 og *Augdahl*, *Kompagniskap* (1967), s. 136f.

ved fastlæggelse af aktieselskabers hjemsted. I henhold til 1917-lovens § 10, skulle bestyrelsen således ved anmeldelse af et aktieselskab til registrering i Aktieselskabsregisteret bl.a. angive: "*Den eller de Kommuner, hvor selskabets Hovedkontor og Filialkontorer findes*". Begrebet hovedkontor i 1917-loven var ikke nødvendigvis sammenfaldende med selskabets hjemsted.<sup>16</sup> Den formulering af reglen om angivelse af aktieselskabers hjemsted, der anvendes i dag, blev fastsat i forbindelse med fremlæggelse af et forslag til en ny aktieselskabslov i 1923. Her blev begrebet ("Hovedkontor") tilføjet umiddelbart efter begrebet "Hjemsted", men lovforslaget indeholder ingen fortolkningsbidrag angående forståelsen af dette begreb.<sup>17</sup> Da aktieselskabsloven af 1930 blev vedtaget, anvendte man terminologien fra 1923-forslaget.

I aktieselskabsloven af 1930 var det således bestemt, at der i selskabets stiftelsesoverenskomst og i selskabets vedtægter skulle ske angivelse af: "*Selskabets Navn, Hjemsted (Hovedkontor) og Formaal.*", jf ASL 1930, § 5, stk. 1, litra a) og § 8, litra a). Der kan ikke af den ældre litteratur udledes noget klart fortolkningsbidrag angående spørgsmålet om, hvad der forstås ved "hjemsted" eller "hovedkontor". Om dette krav anførte *H.B. Krenchel* følgende:<sup>18</sup> "*Stiftelsesoverenskomstens og vedtægternes angivelse af hjemstedet kan være fiktiv, jfr. Fischer s. 38, og Copper-Royer nr. 727; viser de for registreringsmyndigheden foreliggende forhold, at det angivne hjemsted er urigtigt, må registrering nægtes, således som det er sket med et hvalfangerselskab, der blev anmeldt med hjemsted her i riget; da kapitalen væsentligst var udenlandsk, generalforsamlingerne skulle afholdes i udlandet og udrustningen af hvalfangstbåde, salg af produktionen og regnskabsaflægningen skete i udlandet, kunne selskabet ikke anerkendes som dansk, selv om der formelt skulle være "kontor" her i riget*". Bortset fra henvisningen til udenlandsk litteratur og en enkelt afgørelse fra myndighedernes praksis, anfører Krenchel ikke den nærmere hjemmel for at opstille et krav om, at der skal være aktivitet på den adresse, der angives som et selskabs hjemsted ved registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Gomard anførte om spørgsmålet alene, at afgørende for, om et selskab kunne registreres som et dansk aktieselskab måtte være, om det havde hjemsted i Danmark, og at det opfyldte betingelserne i den danske aktieselskabslov.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Jf således *Torp*, *Den danske Selskabsret* (1919), s. 233 med note 4.

<sup>17</sup> Jf FT 1923-24 Tillæg A, Sp. 4529f.

<sup>18</sup> Jf Haandbog i dansk aktieret (2. udg. 1954), s. 46.

<sup>19</sup> Jf *Gomard*, *Aktieselskabsret* (2. udg. 1970), s. 127. I 8. udgave af *Borums Lovkonflikter* fra 1970, anføres det blot (s. 179); at: "*For dansk rets vedkommende følger det endvidere af aktieselskabsloven §§ 5, 8, 55 og 81, stk. 3, jfr. § 84 og firmalovens § 18, at kun et selskab med hovedsæde hér kan registreres som dansk selskab*". (forfatterens fremhævelse). Den nærmere fortolkning af begrebet hovedsæde diskuteres imidlertid ikke.

### 3.4 Fortolkningsbidrag vedrørende kravet om angivelse af hjemsted

Der kan ikke udledes nogen selvstændige fortolkningsbidrag vedrørende begreberne hjemsted og hovedkontor af forarbejderne i aktieselskabsloven af 1973. Tilsvarende gælder for så vidt angår anpartsselskabsloven af 1973. I bemærkningerne til anpartsselskabsloven af 1996 er anført følgende til bestemmelsen i § 5 angående angivelse af det vedtægtsmæssige hjemsted: *"Ved fastlæggelse af et selskabs nationalitet er det selskabets registrerede hjemsted (hovedkontor), der er afgørende. Det forudsættes, at registreringen har et reelt indhold, således at selskabet reelt ledes herfra. Der er ikke tale om en ændring af den hidtidige retstilstand."*

I den nyere litteratur har spørgsmålet om fortolkning af begreberne hjemsted og hovedsæde lejlighedsvis været drøftet. Mette Neville konkluderer på baggrund af en omfattende analyse, at der ved fortolkning af bestemmelsen i ASL § 4, stk. 1, nr. 2 (ApSL § 5, nr. 2) bør lægges vægt på formålet med angivelse af et hjemsted. Dette bør efter Nevilles opfattelse føre til det resultat, at der ikke efter dansk ret kan stilles krav om, at et selskabs ledelse skal være domicileret på det sted, der er angivet som selskabets vedtægtsmæssige hjemsted.<sup>20</sup> Gomard anfører, at et selskab kan registreres i Danmark, uanset selskabet ikke driver virksomhed her i landet, og at kravet om angivelse af et vedtægtsmæssigt hjemsted her i landet ikke kan ses som en forkastelse af registreringsteorien som afgørende for fastlæggelse af selskabets nationalitet.<sup>21</sup>

Det har længe været Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at et fiktivt hjemsted, herunder en postadresse, ikke kan registreres som vedtægtsmæssigt hjemsted. Dette synspunkt støttes alene med henvisning til afgørelsen UfR 1918.39H.<sup>22</sup> En nærmere gennemgang af dommen, jf. tillige UfR 1917.143 LOHS, afslører imidlertid, at den ikke kan tjene som hjemmel for et sådant synspunkt.

**UfR 1918.39H (UfR 1917.147LOHS):** A/S det Danske Gas Kompagni var blevet stiftet i midten af 1800'tallet. Dets formål var at forsyne byer i Danmark med gas. I henhold til selskabets vedtægter var det et dansk selskab, og dets hjemsted og hovedkontor var beliggende på Frederiksberg. Generalforsamlinger skulle som udgangspunkt afholdes på Frederiksberg. Selskabet blev ledet af en direktør, der var bosiddende i Danmark, medens samtlige fem medlemmer af bestyrelsen var bosiddende i London. I henhold til vedtægterne havde bestyrelsen kompetence til at træffe en række vigtige beslutninger for selskabet, herunder eksempelvis udstedelse af nye aktier, indkaldelse til generalforsamlinger, der kunne afholdes et andet sted end på Frederiksberg, beslutninger vedrørende ansættelse, afskedigelse og aflønning af selskabets personale, samt forpligtelse af selskabet over for tredjemand.

<sup>20</sup> Jf. Mette Neville, *Juristen* 1997, s. 145-172, særligt s. 155f.

<sup>21</sup> Jf. *Aktieselskaber & anpartsselskaber* (2000), s. 98.

<sup>22</sup> Jf. *Rosenberg, Sneholt og Thomsen, Aps'loven af 1996* (1997), s. S. 70.

I 1905 havde skattemyndighederne på Frederiksberg truffet afgørelse om, at selskabet *i henseende til beskatning* skulle betragtes som et dansk selskab, hvorfor skatteansættelsen af selskabet skete efter de danske regler herom. Denne afgørelse blev ændret for så vidt angik ligningen for året 1914/1915, idet selskabet nu af skattemyndighederne blev anset som et udenlandsk selskab i skattemæssig henseende. Selskabet indklagede denne afgørelse, der dog blev fastholdt af rekursinstansen. Herefter indbragte selskabet sagen for retten.

For retten fremhævede skattemyndighederne, at det afgørende kriterium for, hvor et selskab kunne anses for hjemmehørende i Danmark, måtte antages at være, om bestyrelsen eller den myndighed, der havde den egentlige ledelse af selskabet, havde sit sæde i Danmark eller ej. Retten konkluderede: "*Bestyrelsen maa saaledes siges at have den fulde og almindelige Ledelse af Selskabet i sin Haand, og da det af [skattemyndighederne] fremhævede Synspunkt findes at burde lægges til Grund for Sagens Afgørelse, vil [selskabet] ikke i skatteretlig henseende kunne betragtes som et her hjemmehørende Selskab*". Højesteret stadfæstede denne afgørelse.

Det kan således ganske udelukkes, at denne dom kan tillægges betydning for den selskabsretlige bedømmelse af spørgsmålet om selskabets nationalitet. For det første bemærkes, at det af sagen udtrykkeligt fremgår, at stridens genstand alene var spørgsmålet om, hvorvidt selskabet "*i Henseende til Beskatning*" skulle anses for hjemmehørende her i landet. Selskabet var i selskabsretlig henseende registreret i Handelsregisteret, idet der her var anmeldt, at selskabets forretningskontor var beliggende på Frederiksberg, og denne registrering blev ikke anfægtet under sagen. Skattemyndighedernes anbringende er, som det er gengivet i domsreferatet, generelt formuleret. Uanset sagen alene angik selskabets skatteretlige status, ville det, såfremt afgørelsen skulle kunne udstrækkes til at gælde selskabsretlige forhold, have været naturligt, at dette spørgsmål havde været påberåbt af sagens parter til støtte for deres argumentation.

### 3.5 Andre tilknytningsmomenter

Ved siden af det vedtægtsmæssige hjemsted har aktieselskabsretten traditionelt lagt vægt på en række andre kriterier som tilknytningsmomenter for selskaber. Det drejer sig om ledelsens bopæl og stedet for generalforsamlingens afholdelse.

Efter aktieselskabsloven af 1930 var det et krav, at selskabets direktører havde bopæl her i riget, medmindre de var ledere af en af selskabet tilhørende udenlandsk filial (ASL 1930, § 49). Det var tilsvarende et krav, at direktørerne havde dansk indfødsret eller havde haft bopæl i landet i mindst to år. For bestyrelsens medlemmer gjaldt, at flertallet skulle have bopæl i Danmark, og have dansk indfødsret eller have boet i landet i fem år.

For så vidt angår medlemmerne af selskabets bestyrelse og direktion blev det med selskabslovene af 1973 bestemt, at samtlige direktører og flertallet af bestyrelsens medlemmer skulle have bopæl i Danmark, jf. for aktieselskaber ASL § 52, stk. 2. Dette krav gjaldt dog ikke for bestyrelsesmedlemmer,



der var statsborgere i andre EU-medlemsstater, jf ASL § 179. Med vedtagelsen af anpartsselskabsloven af 1996 bortfaldt kravet om bopæl for så vidt angik ledelsen i et anpartsselskab. For aktieselskaber er bopælskravet nu afskaffet, idet den hidtidige bestemmelse i ASL § 52, stk. 2, blev ophævet ved lov nr. 226 af 31. marts 2004.

I henhold til Aktieselskabsloven af 1930 var det et krav, at den ordinære generalforsamling skulle afholdes her i landet, jf lovens § 55, stk. 1. Med vedtagelsen af aktieselskabsloven af 1973 blev kravet om afholdelse i Danmark opblødt. I ASL § 68, 1. pkt., er det således foreskrevet, at generalforsamlingen som udgangspunkt skal afholdes på selskabets hjemsted, hvilket vil sige i den kommune, der er angivet som hjemsted i vedtægterne. Det fremgår imidlertid af ASL § 68, 2. pkt., at generalforsamlingen kan afholdes på et andet sted, såfremt dette er foreskrevet i vedtægterne, eller såfremt dette er nødvendigt på grund af særlige omstændigheder. Hensynet bag en sådan regel er at beskytte aktionærerne mod, at de reelt fratages retten til at deltage på generalforsamlingen.<sup>23</sup> For anpartsselskaber indeholdt i 1973-loven et tilsvarende krav, men anpartsselskabsloven af 1996 er tavs på dette punkt. Det må dog antages, at hensynet til anpartshaverne indebærer, at der fortsat gælder en tilsvarende deklatorisk regel.<sup>24</sup>

Det havde hidtil været den herskende opfattelse, at aktieselskabslovens regler ikke gav tilstrækkelig hjemmel til at gennemføre en generalforsamling således, at aktionærerne helt eller delvist deltager via internettet.<sup>25</sup> Med lov nr. 303 af 30. april 2003 er der indført udtrykkelig hjemmel til, at der kan afholdes elektroniske generalforsamlinger i danske aktieselskaber.<sup>26</sup> Der er således nu hjemmel til, at en generalforsamling i et aktieselskab kan afholdes som en delvis elektronisk generalforsamling, jf ASL § 65a, stk. 1. Herved forstås, at adgang til generalforsamlingen via et elektronisk medium (internettet) er et supplement til adgangen til at deltage ved fysisk fremmøde. Der kan tillige indsættes hjemmel i vedtægterne til, at generalforsamlingen kan afholdes som en fuldstændig elektronisk generalforsamling, jf ASL § 65a, stk. 2. Herved forstås, at deltagelse på generalforsamlingen alene kan ske via et elektronisk medium.

<sup>23</sup> Se hertil nærmere *Erik Werlauff*, *Generalforsamling og beslutning* (1985), s. 251 ff.

<sup>24</sup> Jf hertil *Søren Friis Hansen*, *Anpartsselskaber efter loven af 1996* (1998), s. 111.

<sup>25</sup> Jf hertil *Søren Friis Hansen*, NTS 2001, s. 70-75 med henvisninger, men se dog for et modsatrettet synspunkt tillige *Jesper Lau Hansen*, der argumenterede for, at der var fornøden hjemmel hertil, jf UR 2000B, s. 153 ff og NTS 2002, s. 346-350. For anpartsselskaber følger det af bestemmelsen i ApSL § 28, at generalforsamling kan afholdes på "anden måde" end et traditionelt møde. Der har således siden vedtagelsen af ApSL 1996 været mulighed for at afholde generalforsamling via internettet i et anpartsselskab, jf *Søren Friis Hansen* og *Jens Valdemar Krenchel*, *Lærebog i selskabsret II* (2000), s.235 f.

<sup>26</sup> Jf bl.a. *Kruger Andersen, Engsig Sørensen* og *Neville*, NTS 2003, s. 155-163.

I både aktie- og anpartsselskaber er der således nu klar hjemmel til at afholde en generalforsamling, uden at aktionærene mødes fysisk, og selskabets hjemsted har herved mistet enhver betydning for spørgsmålet, hvorvidt generalforsamlingens afholdelse indebærer en tilknytning til Danmark. Tilsvarende gælder, at man har ophævet samtlige krav om bopæl for ledelsens medlemmer, ligesom man har fastsat udtrykkelig hjemmel til, at bestyrelsen kan afholde møder via elektroniske medier. Når man i dansk ret således har givet afkald på enhver form for tilknytning til Danmark for så vidt angår afholdelse af generalforsamlinger og afholdelse af bestyrelsesmøder, er det klart, at man fra dansk side ikke længere kan påberåbe sig bestyrelsen og generalforsamlingen som kriterier, der er af betydning for spørgsmålet om selskabers tilknytning til Danmark.

Angivelse af et selskabs hjemsted har allerede siden den første firmalov fra 1862 haft central betydning i procesretlig henseende både i Danmark og de øvrige nordiske lande. Det følger således af retsplejelovens § 238, at et selskab har værneting på dets hovedkontor. Begrebet hovedkontor skal i procesretlig forstand forstås som det sted, hvorfra selskabet administreres af sin øverste daglige ledelse.<sup>27</sup> Retsplejelovens bestemmelse om selskabers værneting indebærer ikke et krav om, at den øverste daglige ledelse skal foregå på det vedtægtsmæssige hjemsted. Såfremt et selskabs øverste daglige ledelse befinder sig et andet sted, end det vedtægtsmæssige hjemsted, kan en sag også anlægges mod selskabet her.<sup>28</sup>

### 3.6 Sammenfatning

Stedet for afholdelse af selskabets generalforsamling og ledelsesmedlemmernes bopæl blev tidligere tillagt væsentlig betydning som tilknytningsmomenter for selskaber. I Danmark er der i 2003 indført mulighed for at gennemføre en fuldstændig elektronisk generalforsamling jf ASL § 65a. Ved lov nr. 226 af 31. marts 2003 er bopælskravet for medlemmer af selskabets bestyrelse endeligt afskaffet i dansk ret. Der er tillige indført hjemmel til at gennemføre elektroniske bestyrelsesmøder. Det må på denne baggrund konkluderes, at ledelsens bopæl og stedet for generalforsamlingens afholdelse ikke længere kan tillægges betydning som kriterier ved fastlæggelse af, hvilken grad af tilknytning et dansk selskab skal have til Danmark. Efter gældende dansk ret er det eneste lovfæstede krav vedrørende et dansk selskabs tilknytning til Danmark således kravet om, at der i et aktieselskab og et anpartsselskab skal ske angivelse af en dansk kommune som selskabets vedtægtsmæssige hjemsted (hovedkontor) her i landet, jf hertil ASL § 4, stk. 1, nr. 2, hhv. ApSL § 5, nr. 2.

<sup>27</sup> Jf *Gomard*, *Civilprocessen* (5. udg. 2000), s. 99.

<sup>28</sup> Jf *Lindencrone og Werlauff*, *Dansk retspleje* (2. udg. 2000), s. 152.

En gennemgang af denne bestemmelses forhistorie og de eksisterende fortolkningsbidrag giver ikke sikkert grundlag for at fastslå, at der efter dansk ret er fornøden hjemmel til at stille krav om, at et dansk selskab faktisk skal ledes og administreres fra den adresse, der er anmeldt som selskabets vedtægtsmæssige hjemsted.<sup>29</sup> Der findes ingen afgørende fortolkningsbidrag, hvoraf det kan udledes, hvad der nærmere skal forstås ved betegnelserne "hjemsted" eller hovedkontor".<sup>30</sup> Ud fra en sproglig fortolkning af begrebet "hovedkontor" kunne begrebet måske fortolkes således, at det er forudsat, at der skal foregå en vis aktivitet på denne adresse. Bemærkningen i forarbejderne til anpartsselskabsloven trækker i samme retning, men dette argument svækkes af, at der næppe er grundlag for at fortolke anpartsselskabsloven anderledes på dette punkt end aktieselskabsloven.

Der kan udledes to hovedformål med et krav om angivelse af et vedtægtsmæssigt hjemsted i Danmark. For det første et formålet med at stille krav om angivelse af en adresse for et selskab, at det derved sikres, at de danske myndigheder, der er ansvarlige for at føre kontrol med, at selskabet løbende overholder dansk selskabsret, har en adresse, hvor de kan kontakte selskabet, og hvor der med bindende virkning kan afgives meddelelser, forvaltningsretlige afgørelser og påbud til de personer, som er ansvarlige for selskabets ledelse.<sup>31</sup> For det andet indebærer angivelse af et vedtægtsmæssigt hjemsted, at der derved etableres et værneting for selskabet.

<sup>29</sup> Jf. tilsvarende *Hanne Søndergaard Birkemose*, NTS 2004 s. 277. Se hertil *Allan Philip*, *Studier i den internationale selskabsrets teori* (1961), s. 162-172. Philip analyserer en række regler vedrørende selskabers tilknytning til Danmark, herunder ledelsesmedlemmernes tilknytning, næringsrettens tilknytningsregler, kravet om afholdelse af generalforsamling på hjemstedet, samt kravet om hovedkontor her i landet. På baggrund af en samlet analyse af disse regler konkluderede *Philip* (s. 170): "*Sammenfattende kan man af alle disse regler om ledelsens tilknytning og om kontorets beliggenhed udlede, at det i almindelighed kræves, at et selskab for at opnå registrering i aktieselskabs- eller handelsregister må have et kontor her i landet med en ansvarlig ledelse.*" Der er i denne sammenhæng grund til at bemærke, at Philip når til denne konklusion på baggrund af en samlet analyse af de nævnte regler om selskabers tilknytning. Som anført ovenfor, er det efter gældende dansk ret kun kravet om angivelse af vedtægtsmæssigt hjemsted, der fortsat er gældende.

<sup>30</sup> Jf. tilsvarende *Mette Neville*, *Juristen* 1997, s. 153-155, der på baggrund af de foreliggende fortolkningsbidrag ikke ser sig i stand til at drage nogen endelig konklusion vedrørende fortolkningen af aktieselskabsloven.

<sup>31</sup> Se hertil særligt *Allan Philip*, *Studier i den internationale selskabsrets teori* (1961), s. 171, der anfører: "*Med hensyn til lokaliseringen af selskabet og dets ledelse gælder på samme måde, at det afgørende ikke synes at være, om den øverste ledelse findes det pågældende sted, men om det er muligt der med bindende virkning for selskabet og dets ledelse at afgive meddelelser. Det er bl.a. det, der for udenlandske selskabers vedkommen-*

Ingen af disse hensyn kan bære et krav om, at et dansk registreret selskab faktisk skal ledes og administreres fra dets vedtægtsmæssige hjemsted, idet disse hensyn kan tilgodeses med regler, der er væsentligt mindre indgribende.<sup>32</sup> Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har været blandt de førende myndigheder i Europa, når det gælder anvendelse af elektroniske medier ved kommunikation mellem myndigheden og selskaber. Med lov nr. 449 af 7. juni 2001 blev der indført hjemmel til, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan foreskrive, at samtlige breve, udskrifter og andre dokumenter, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udsteder, kan være i såvel papirbaseret som i elektronisk form, jf ASL § 154, stk. 2 (ApSL § 69, stk. 1). Dokumenterne er ligestillede i retlig henseende, uanset formen. Der er klart, i det omfang de danske myndigheder forbeholder sig retten til at træffe bestemmelse om, at kommunikation mellem myndigheden og selskabet skal foregå ved hjælp af elektroniske dokumenter, mister Erhvervs- og Selskabsstyrelsen retten til at gøre hensynet til adgangen til sikker kommunikation med selskabets ledelse gældende som argument for, at et dansk registreret selskab faktisk skal ledes fra dets vedtægtsmæssige hjemsted her i landet. Det er uden nogen som helst betydning for sikker kommunikation med selskabets ledelse, om de dokumenter, der fremsendes fra en dansk myndighed via elektronisk post er adresseret til en e-mailadresse, der ender på ".dk" eller på ".se", ".de", ".fr", o.s.v.!

Såfremt man måtte nå til den konklusion, at der er tilstrækkelig hjemmel i dansk ret til at stille krav om, at et dansk registreret selskab faktisk skal ledes fra den adresse, der er angivet som selskabets vedtægtsmæssige hjemsted, opstår det spørgsmål, hvilke retsvirkninger, det ville have, såfremt det viste sig, at et selskab, der anmeldes til registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i medfør af aktie- eller anpartsselskabsloven, ikke ledes fra det vedtægtsmæssige hjemsted. I givet fald er det klart, at Styrelsen ville kunne nægte at registrere selskabet, jf ASL § 157 (ApSL § 73). Såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efter tidspunktet for selskabets registrering opdager, at ledelsen i et selskab ikke opfylder de pligter, der påhviler dem i henhold til loven eller anmeldelsesbekendtgørelsen, kan Styrelsen pålægge medlemmerne af ledelsen daglige eller uegentlige bøder som tvangsmiddel, jf ASL § 160, stk. 2 (ApSL § 79, stk. 3). Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid ikke hjemmel til at foranstalte en kontrol af, om et selskab faktisk ledes fra det vedtægtsmæssige hjemsted.<sup>33</sup> Det er alene skattemyndighederne, der har hjemmel til at foretage kontrolbesøg hos et selskab. Såfremt skattemyndighederne i forbindelse med en kontrol opdager, at der ikke er

---

*de sikres gennem registrering af filialer her i henhold til aktieselskabs- eller firmalov.*  
Se tillige *Mette Neville*, *Juristen* 1997, s. 155.

<sup>32</sup> Jf tilsvarende *Mette Neville*, *Juristen* 1997, s. 155, med note 51. *Neville* synes dog at forudsætte, at der under alle omstændigheder skal være et bemanded kontor her i landet.

<sup>33</sup> Jf således *Paul Krüger Andersen*, *Aktie- og anpartsselskabsret* (8. udg. 2004), s. 146.

aktivitet på den adresse, der er angivet som selskabets adresse, kan de videregive denne oplysning til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvilket er det der skete i den sag, som Erhvervsankenævnets kendelse angik.

#### **4. Fællesskabsrettens betydning for kravet om hjemsted**

Som anført skal det kort undersøges, om det ville være i overensstemmelse med gældende fællesskabsret, såfremt erhvervsankenævnets praksis blev håndhævet over for et dansk registreret selskab, der havde flyttet sin faktiske ledelse til et kontorhotel beliggende i eksempelvis Tyskland. I så fald er det åbenbart, at bestemmelserne i EF-Traktatens artikler 43 og 48 vil finde anvendelse på forholdet.

I sin banebrydende afgørelse i Centros-sagen, slog EF-domstolen fast, at et engelsk selskab havde krav på at blive anerkendt som sådant i Danmark, uanset selskabet var stiftet med vedtægtsmæssigt hjemsted i Storbritannien med henblik på at udøve al sin aktivitet i Danmark, jf. Domstolens dom af 9. marts 1999 i sag C-212/97, samt de efterfølgende domme i sagerne C-208/00, Überseering samt C-167/00, Inspire Art.<sup>34</sup> Det fremgik udtrykkeligt af dommen i Centros-sagen, at Centros Ltd. som sin eneste tilknytning til Danmark havde sit vedtægtsmæssige hjemsted (registered office) samt en postadresse i England. Det følger således af domstolens dom i Centros-sagen, at et selskab, der er stiftet i henhold til en medlemsstats retsorden, har en traktatfæstet ret til at etablere sig i andre medlemsstater gennem en filial, og at dette også gælder, hvor selskabet ikke længere har nogen aktivitet i stiftelsesstaten.

Alle de tre ovennævnte sager angik spørgsmål om nationale foranstaltninger, der var iværksat af en medlemsstat over for et selskab, der forlagde sit faktiske hovedsæde til statens territorium. Det følger imidlertid af Domstolens faste praksis, at bestemmelserne i EF-traktatens artikler 43 og 48 ikke blot indebærer, at den medlemsstat, hvor et selskab er etableret, skal retfærdiggøre generende nationale foranstaltninger, der gør det mindre attraktivt for et selskab at etablere sig på denne stats område. Artikel 43 og 48 EF er således tillige til hinder for, at oprindelsesstaten opstiller hindringer for, at statens borgere eller selskaber etablerer sig i en anden medlemsstat, jf. eksempelvis EF-domstolens afgørelse af 13. april 2000 i sagen C-251/99, C. Baars, præmis 28. Ved sin dom af 11. marts 2004 i sagen C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, fastslog EF-domstolen således, at franske skatte-

<sup>34</sup> De tre sager angående selskabers etableringsfrihed er nogle af de mest omtalte afgørelser fra EF-domstolen overhovedet. Se om Centros-dommen og dens konsekvenser eksempelvis *Søren Friis Hansen*, NTS 2000, s. 45-64, med henvisninger til den omfattende litteratur. Se endvidere samme NTS 2003, s. 431-450 vedrørende sagerne C-208/00, Überseering og C-167/01, Inspire Art., og de der angivne henvisninger til den omfattende litteratur.

regler, hvorefter en fysisk person blev anset for at have afstået sine aktier på et tidspunkt, hvor vedkommende flyttede til en anden medlemsstat, udgjorde en restriktion på den pågældendes etableringsfrihed, der ikke kunne retfærdiggøres.

Såfremt kravet om, at et dansk registreret selskab faktisk skal ledes og administreres fra dets vedtægtsmæssige hjemsted, opretholdes i et tilfælde, hvor selskabet har flyttet samtlige sine aktiviteter fra Danmark til en anden medlemsstat, vil en sådan foranstaltning utvivlsomt gøre det mindre attraktivt for danske selskabet at etablere sig i udlandet. Der er derfor tale om en restriktion, der skal retfærdiggøres under henvisning til de af EF-Domstolen opstillede betingelser, jf eksempelvis Centros-dommens præmis 34. Det er ovenfor konkluderet, at der ikke længere kan påvises noget reelt hensyn bag et krav om, at der skal foregå aktiviteter på den adresse, der angives som et selskabs vedtægtsmæssige hjemsted. Alene fordi kravet om aktivitet på hjemstedet således ikke er begrundet i et tvingende samfundsmæssigt hensyn, kan det uden nogen tvivl konkluderes, at Erhvervsankenævnets praksis ikke kan retfærdiggøres i forhold til et selskab, der har flyttet al aktivitet til en anden medlemsstat.

Det følger i øvrigt af gældende fællesskabsret, at nationale retsregler så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med gældende fællesskabsret.<sup>35</sup> Som anført ovenfor er det usikkert, hvorledes begrebet "hjemsted (hovedkontor)" i ApSL § 5, nr. 2, skal fortolkes. I tilfælde, hvor der foreligger en flytning af et dansk selskabs aktiviteter til en anden medlemsstat, følger det allerede af fortolkningsforpligtelsen, at bestemmelsen i ASL § 4, stk. 1, nr. 2 (ApSL § 5, nr. 2), skal fortolkes indskrænkende, således at der ikke kan stilles krav om, at et dansk registreret selskab skal ledes og administreres fra sit vedtægtsmæssige hjemsted.

## 5. Sammenfatning

Den gennemførte undersøgelse har vist, at det er tvivlsomt, om der er fornøden hjemmel i dansk ret for det krav, der opstilles af Erhvervsankenævnet om, at et dansk registreret selskab faktisk skal ledes fra dets vedtægtsmæssige hjemsted. Der er i de senere år gennemført en række reformer af dansk selskabsret, som er et resultat af internationaliseringen og konkurrencen mellem de enkelte landes retssystemer. Der er således i en række tilfælde indført hjemmel til, at kommunikation mellem dels danske selskaber og de danske myndigheder, dels aktionærerne i selskabet og bestyrelsen kan foregå ved brug af elektroniske medier. Samtlige de selskabsretlige hensyn, der tidligere har begrundet regler angående selskabers tilknytning til Danmark, er derved bortfaldet.

<sup>35</sup> Se nærmere om fortolkningsforpligtelsen *Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen*, EU-retten (3. udg. 2004), s. 144-148.

Såfremt et dansk registreret selskab forlægger sit faktiske hovedsæde til en anden EU-medlemsstat, kan det uden nogen tvivl konkluderes, at en håndhævelse fra dansk side af et krav om, at selskabet skal ledes og administreres fra det vedtægtsmæssige hjemsted, vil være i åbenbar strid med gældende fællesskabsret.<sup>36</sup> Uanset, om man måtte finde, at der består fornøden hjemmel til den afgørelse, som er truffet af Erhvervsankenævnet i dansk ret, er det selvsagt uholdbart, såfremt man måtte håndhæve denne praksis ved flytninger af selskabers faktiske hovedsæde inden for landets grænser, medens en flytning uden for landets grænser ville kunne gennemføres uden problemer. Det må på denne baggrund anbefales, at myndighederne tager den pågældende praksis op til genovervejelse med henblik på at fratage kravet om, at danske selskaber skal ledes og administreres fra deres vedtægtsmæssige hjemsted.

Den sag, der var genstand for Erhvervsankenævnets kendelse af 18. november 2003, startede som en skattesag, og denne undersøgelse afsluttes med et skatteretligt perspektiv. Hensynet til skattemyndighedernes mulighed for at gennemføre kontrolbesøg hos en virksomhed kan ikke retfærdiggøre en opretholdelse af Erhvervsankenævnets praksis, der alene er hjemlet i selskabsretlige regler. Såfremt et - dansk eller udenlandsk - selskab udøver aktiviteter her i landet, der udløser en skatte- eller afgiftspligt til Danmark, er det helt åbenbart, at skattemyndighederne har krav på at få oplyst den eller de faktiske adresser, hvor der foregår aktiviteter her i landet. Det følger for dansk rets vedkommende af CVR-lovens § 11, stk. 2, at der som supplement til selskabets adresse skal opgives adresser for eventuelle produktionsenheder (filialer) her i landet. Hensynet til en effektiv skattekontrol er ligeledes anerkendt i fællesskabsretten som et hensyn, der kan retfærdiggøre, at der stilles krav om opgivelse af den eller de adresser her i landet, hvorfra den aktivitet, der udløser skatte- eller afgiftspligt, faktisk udøves.<sup>37</sup> Dette hensyn kan imidlertid ikke bære et generelt krav om, at dansk registrerede selskaber fratages deres traktatsikrede ret til at flytte samtlige selskabets aktiviteter til en anden medlemsstat gennem fremstilling af et krav om, at et selskab skal ledes og administreres fra dets vedtægtsmæssige hjemsted.

<sup>36</sup> Et særligt problem i denne sammenhæng er SE-selskaber. Det følger af SE-forordningens artikel 7, at et SE-selskab skal have sit faktiske hovedsæde placeret i den medlemsstat, hvor selskabets vedtægtsmæssige hjemsted er beliggende. Et sådant krav er næppe i overensstemmelse med gældende fællesskabsret, jf. således også *Erik Werlauff UfR 2004B*, s. 242-246.

<sup>37</sup> EF-Domstolen har således slået fast, at hensynet til en effektiv skattekontrol kan begrunde hindringer i de grundlæggende friheder, jf. hertil eksempelvis *Karsten Engsig Sørensen* og *Poul Runge Nielsen*, EU-retten (3. udg. 2004), s. 870-872.

# Pengeinstitutternes rådgivning - med udgangspunkt i bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder

af

*Camilla Hørby Jensen*

## **1. Indledning**

I disse forbrugerbeskyttelsestider er kravene til de professionelle aktørers adfærd over for forbrugerne kommet i fokus. Det gælder således også de finansielle virksomheders forhold til deres nuværende og potentielle kunder.

Sikring af bedre forbrugerbeskyttelse i den finansielle sektor er da også det helt overordnede formål med bekendtgørelse nr. 604 om god skik for finansielle virksomheder, der trådte i kraft den 1. oktober 2003.<sup>1</sup> Bekendtgørelsen, der er udstedt af Økonomi- og erhvervsministeren, opstiller nærmere retningslinier for, hvordan finansielle virksomheder bør/skal optræde overfor deres kunder – herunder bestemmelser om rådgivning i kapitel 3.<sup>2</sup>

Vi lever i et stadig mere kompliceret samfund, hvor sagkyndig rådgivning er nødvendig for de fleste i forbindelse med økonomiske transaktioner indenfor forskellige finansielle områder - ikke mindst indenfor de områder, hvor pengeinstitutterne opererer. I den forbindelse opstår bl.a. spørgsmålene om, i hvilke situationer og under hvilke nærmere omstændigheder rådgivning skal

<sup>1</sup> Bekendtgørelsen blev udstedt d. 26/6 2003 i medfør af §§ 3, stk. 2 og 77, stk. 2 i lov om finansiell virksomhed (lovbekendtgørelse nr. 660 af 7/8 2002). Efter den 1/1 2004 vil udstedelsen af administrative regler imidlertid skulle ske med henvisning til §§ 43, stk. 2 og 372, stk. 2. Finanstilsynet har i tilknytning til bekendtgørelsen udarbejdet en vejledning (Vejledning nr. 9461), hvis formål er at præcisere og uddybe bekendtgørelsens bestemmelser. Denne vejledning er pr. 1/9 2004 erstattet af Vejledning nr. 9518, der indeholder nogle få tilføjelser om pengeinstitutters samarbejde med investeringsforeninger.

<sup>2</sup> Generelt om god skik-bestemmelserne i kapitalmarkedsretten se *Peer Schaumburg-Müller, Kapitalmarkedsret, 2004.*



finde sted, samt hvorvidt medarbejderne i pengeinstitutterne i det hele taget kan betragtes som rådgivere, eller om de slet og ret er sælgere.<sup>3</sup>

## 2. Hvornår og hvordan skal der rådgives?

Svaret på spørgsmålet, hvornår der skal rådgives, findes i bekendtgørelsens § 5, stk. 2, der har følgende ordlyd:

»En finansiell virksomhed skal yde rådgivning, hvis kunden anmoder herom, jf. dog § 2 og § 21. Endvidere skal virksomheden af egen drift yde rådgivning, jf. dog stk. 4, hvor omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor. Alternativt kan den finansielle virksomhed henvise kunden til at søge anden rådgivning.«

### 2.1. Rådgivning efter anmodning

Som det fremgår af bestemmelsen, skal der primært rådgives efter anmodning fra kunden.<sup>4</sup> Dette udgangspunkt forudsætter således et initiativ fra en kunde, der er nået til den erkendelse, at vedkommende har brug for sagkyndig rådgivning i forbindelse med en påtænkt finansiell disposition. I relation til § 5, stk. 2, 1. pkt. er det altså kunden selv og ikke pengeinstituttet, der skal afgøre, om kunden har brug for rådgivning.

Uanset om kundens anmodning er foranlediget af et ønske om at gennemføre en bestemt disposition eller et ønske om at opnå et bestemt resultat, er der ingen formelle krav til denne anmodning, blot den klart udtrykker kundens ønske og formål med rådgivningen. Alt afhængig af anmodningens indhold vil opfyldelse af kravene til rådgivningen dog kunne indebære, at rådgivningen ikke vil kunne ydes i direkte forlængelse af anmodningen, idet dette vil kunne kræve nogle nærmere undersøgelser af visse forhold.

§ 5, stk. 3 udtrykker de krav, som rådgivningen skal opfylde:

»Rådgivningen skal tilgodese kundens interesser og give kunden et godt grundlag for at træffe sin beslutning. Rådgivningen skal være relevant, retvisende og fyldestgørende. Den finansielle virksomhed skal orientere om de risici, der er relevante for kunden.«

<sup>3</sup> Denne fremstilling vil alene beskæftige sig med bekendtgørelsens materielle indhold og vil koncentrere sig om nogle enkelte bestemmelser. For en mere omfattende gennemgang af bekendtgørelsen og for dens betydning i erstatningsretlig henseende se *Hans Viggo Godsk Pedersen og Nina Dietz Legind* tidligere i denne bog. Om rådgivningsansvaret generelt se bl.a. *Morten Samuelsson og Kjeld Nørgaard*, Rådgiveransvaret, 1993, *Lennart Lynge Andersen og Peter Møgelvang Hansen*, Finansiell rådgivning, 1997, *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsretlige grænseområder, 2004 og Betænkning nr. 1362 (Rådgiveransvar), 1998.

<sup>4</sup> Dette vil ifølge vejledningen til bekendtgørelsen typisk ske ved samtaler enten ved personligt fremmøde eller via telefon, men rådgivningen kan også foregå skriftligt, herunder via digital kommunikation.

## 2.2. Rådgivning af egen drift

Udgangspunktet om, at det alene er på kundens foranledning, der skal rådgives, modificeres i § 5, stk. 2, 2. pkt., hvorefter den finansielle virksomhed af egen drift skal yde rådgivning, hvis omstændighederne tilsiger dette. Her er det altså op til pengeinstituttet at vurdere, hvornår kunden har behov for rådgivning. Pligten til uopfordret rådgivning gælder både over for private og erhvervsmæssige kundeforhold, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 3.<sup>5</sup>

### 2.2.1. Betydningen af »egen drift«

At rådgivningen skal ske af egen drift synes ikke at indebære, at pengeinstituttet selv skal opsøge kunden. Dette vil i nogle tilfælde måske ligefrem kunne være i strid med forbrugeraftalelovens § 2 om forbud mod uanmodet henvendelse.<sup>6</sup> Pligten kan heller ikke antages at indebære, at pengeinstituttet uopfordret skal gennemgå kundens forhold for at kunne vurdere, hvilke behov kunden har. Undtagelsen er dog, hvis pengeinstituttet har påtaget sig en løbende rådgivningsforpligtelse. I så fald skal det på eget initiativ løbende vurdere, om der er behov for rådgivning udover, hvad der er nødvendigt i den konkrete rådgivningssituation.<sup>7</sup> Pengeinstituttet skal således iagttage en skærpet agtpågivenhed, hvis den har påtaget sig en sådan forpligtelse.

Pligten til af egen drift at rådgive opstår derimod som udgangspunkt, hvis det i forbindelse med kundens kontakt med pengeinstituttet bliver klart for pengeinstituttet, at kunden har behov for rådgivning, men hvor kunden ikke selv har efterspurgt rådgivning.

Det kan dog ikke helt afvises, at rådgivningspligten under særlige omstændigheder kan indebære, at pengeinstituttet selv må henvende sig til kunden. Eksempelvis vil ændringer i lovgivningen formodentlig kunne tænkes at udløse en pligt for pengeinstituttet til at tage kontakt til kunden og rådgive om, hvordan denne skal forholde sig under de nu givne omstændigheder, såfremt pengeinstituttet kort forinden har rådgivet kunden i overensstemmelse med de nu ændrede regler.<sup>8</sup> Det kan dog anføres, at denne pligt måske snarere vil føl-

<sup>5</sup> For en diskussion af pengeinstitutternes pligt til uopfordret rådgivning over for erhvervsdrivende se *Hans Viggo Godsk Pedersen og Nina Dietz Legind* tidligere i denne bog.

<sup>6</sup> Se om denne problemstilling bl.a. U 2004.1381V og U 2000.577/2H.

<sup>7</sup> Jf. Vejledningen ad § 5, stk. 2.

<sup>8</sup> Til illustration kan nævnes U 1989.394H, hvor en advokat blev fundet ansvarlig for manglende oplysning om ændring i skattelovgivningen. Advokaten vidste, at hans klienter lagde vægt på muligheden for skattefradrag ved salg af fast ejendom. Alligevel undlod han at gøre dem opmærksom på, at en lovændring medførte, at spekulationstab ved salg af fast ejendom ikke længere ville kunne fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Landsretten udtalte i forbindelse med sagen følgende: »I et sådant tilfælde må sagsøgerne kunne forvente, at sagsøgte af egen drift var opmærksom på og vejlede»

ge af princippet om loyal hensyntagen til modparten i et kontraktforhold end af pligten til rådgivning af egen drift.

### 2.2.2. *Omfanget af rådgivningspligten*

Ifølge vejledningen til bekendtgørelsen er pengeinstituttet som hovedregel ikke pålagt rådgivningspligt i forbindelse med såkaldte »rene« ekspeditioner, hvor der alene sker en effektivering af kundens ordrer. Som eksempler på sådanne nævner vejledningen ind- og udbetalinger, pengeoverførsler og valuta-veksling. Afhængig af omstændighederne kan der dog som følge af § 5, stk. 2, 2. pkt. være pligt til at rådgive om særlige forhold eller i det mindste sikre sig, at kunden trods det påviste behov ikke ønsker at modtage rådgivning. Der bliver således tale om ekspeditioner med indbyggede rådgivningskrav.<sup>9</sup>

Omfanget af rådgivningspligten afhænger af, hvad der nærmere skal forstås ved udtrykket, »hvor omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor«. I første omgang må det slås fast, at det som udgangspunkt er kunden og ikke pengeinstituttet, der skal have udbytte af rådgivningen. Det er altså kundens behov, der er i centrum, jf. bekendtgørelsens § 5, stk. 3. Samtidig skal der være tale om et reelt behov for kunden. Bestemmelsen indebærer således ikke en pligt/mulighed for pengeinstituttet til at »overfalde« kunderne med tilbud og rådgivning om diverse produkter og ydelser, så snart kunden viser sig i bankens lokaler eller på anden måde er i kontakt med pengeinstituttet.

En forudsætning for, at pengeinstituttet uopfordret kan yde kunden rådgivning, er, at pengeinstituttet er i stand til at fastslå, at der er et behov herfor. Dette forudsætter, at pengeinstituttet dels har en viden om de produkter og ydelser, der findes på området, dels har en vis indsigt i den enkelte kundes forhold, da den samme ekspeditionsordre kan skabe forskellige rådgivningsbehov alt afhængig af forholdene hos den kunde, der ønsker en bestemt transaktion gennemført.

Både fra samfundets og fra kundernes side må det være en berettiget forventning, at pengeinstituttets medarbejdere har et fornødent og indgående kendskab til pengeinstituttets udbudte og formidlede ydelser. Den voksende brancheglidning, der indebærer, at pengeinstitutterne i dag tilbyder produkter, der ligger uden for deres traditionelle produktsortiment, stiller imidlertid stadig større krav til medarbejdernes kvalifikationer, da kravene til rådgivningen

---

dem om gennemførte lovændringer, der kunne have betydning for dem«. På grund af manglende bevis for et heraf følgende tab blev advokaten imidlertid frifundet.

<sup>9</sup> Jf. *Lennart Lynge Andersen og Peter Møgelvang-Hansen*, *Finansiell rådgivning*, 1997, s. 15.

er uafhængige af, om produkterne ligger i eller udenfor det traditionelle sortiment.<sup>10</sup>

For så vidt angår medarbejderens indsigt i den enkelte kunders forhold synes der ikke at kunne stilles samme krav om indgående kendskab i relation til at afdække et rådgivningsbehov. Der synes således kun at være rådgivningspligt i forbindelse med åbenlyse behov, som pengeinstituttet ud fra dets umiddelbare kendskab til kunden kan afdække, og som kan bekræftes ved enkelte spørgsmål til kunden og ved en hurtig gennemgang af kundens økonomiske forhold i forbindelse med ekspeditionen. Det kan ikke forventes, at pengeinstituttet i forbindelse med hver eneste effektivering af en kundes ordre foretager en detaljeret gennemgang af kundens forhold for at afgøre, om denne har behov for rådgivning. Det er derfor først i forbindelse med den efterfølgende rådgivning, at pengeinstituttet skal sørge for at skaffe sig yderligere oplysninger om kunden til brug for rådgivningen.<sup>11</sup>

Arten og omfanget af de oplysninger, der skal indhentes, afhænger ifølge § 6, stk. 2 af den viden, kunden besidder, og af de oplysninger, som pengeinstituttet har i forvejen. Derudover må de efterspurte produkter og den hermed forbundne risiko have betydning for, hvilke oplysninger, der må fremskaffes.<sup>12</sup> Når indhentningen af oplysninger afhænger af kundens viden, hænger det sammen med, at rådgivningspligten i dansk ret er afhængig af kundens kendskab til forhold indenfor det pågældende område.<sup>13</sup> I relation til værdipapirhandel kan det således have betydning, om kunden må betegnes som professionel eller ikke-professionel. Ikke-professionelle kunder vil have et særligt behov for oplysning og rådgivning, mens professionelle kunder i kraft af egen ekspertise og ressourcer i større omfang må forventes selv at kunne varetage deres interesser.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Der er således tale om et funktionsbestemt professionsansvar, hvor »man er, hvad man gør«, jf. *Stig Jørgensen*, Retsvidenskabeligt tidsskrift, 2001, s. 13. Som eksempler på dette kan nævnes U1991.903H (et fagforbunds urigtige rådgivning om muligheden for overgang til efterløn), U1995.84Ø (en arbejdsløshedskasses urigtige rådgivning om muligheden for overgang til efterløn) og Pengeinstitutankenævnets sag nr. 212/1989 (fejl i boligberegninger foretaget af en sparekasse).

<sup>11</sup> Det følger af bekendtgørelsens § 6, stk. 1, at den finansielle virksomhed skal anmode kunden om at oplyse om sin økonomiske situation, sin erfaring med de relevante finansielle ydelser, sit formål med at få ydelsen leveret samt om sin risikovillighed. Dette skal sætte pengeinstituttet i stand til at yde en rådgivning med udgangspunkt i kundens individuelle forhold. Udgangspunktet for denne bestemmelse er, at kunden vil være den nærmeste til at kende sine egne forhold. Afhængig af omstændigheder må det antages, at den finansielle rådgiver derudover kan have en selvstændig pligt til at undersøge visse forhold og indsamle yderligere oplysninger.

<sup>12</sup> Sml. *Poul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten, 2003, s. 87.

<sup>13</sup> Modsat retsstillingen i Norge, hvor det følger af finansavtaleloven, at rådgivningspligten er personuafhængig. Jf. også høyesteretts dom Rt 2000 s. 679.

<sup>14</sup> Jf. *Poul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, Børsretten, 2003, s. 87.

Spørgsmålet er så blot, hvor stort det konkrete behov skal være, før rådgivningspligten indtræder. Hverken bekendtgørelsen eller vejledningen giver umiddelbart noget svar på dette spørgsmål.

Pligten til at rådgive af egen drift må for det første antages at opstå i de situationer, hvor kunden synes at befinde sig i en vildfarelse, og hvor en af denne påtænkt disposition ud fra medarbejderens kendskab til kunden og viden om de til dispositionen forbundne konsekvenser, synes ufornuftig. I sådanne tilfælde bør pengeinstituttet oplyse kunden om de konsekvenser og de risici, der er forbundet med gennemførelsen af den påtænkte disposition og eventuelt ligefrem fraråde dispositionen. Et eksempel på en sådan situation kunne være det tilfælde, hvor en ældre kunde henvender sig i sit pengeinstitut og anmoder om tegning af en livrente.<sup>15</sup>

En variant af denne situation er de tilfælde, hvor dispositionen overordnet set er fornuftig, men hvor nogle detaljer gør, at den udsætter kunden for en unødigt risiko. Her bør pengeinstituttet gøre kunden opmærksom på mulighederne for at justere dispositionen. Henvender en kunde sig eksempelvis med anmodning om at få omprioriteret sine lån, synes pengeinstituttet således at have en pligt til at oplyse om muligheden for kurssikring.<sup>16</sup>

En ting er at gøre kunden opmærksom på konsekvenserne af en påtænkt disposition og derved give kunden mulighed for at afstå fra at gennemføre dispositionen. Noget andet er, om dette skal følges op af en opstilling af relevante alternative dispositionsmuligheder, eventuelt en egentlig anbefaling af en bestemt alternativ handling. Svaret på dette spørgsmål må være bekræftende, da rådgivning netop er karakteriseret ved tilvejebringelse af et fyldestgørende beslutningsgrundlag. Dette følger da også af bekendtgørelsens § 5, stk. 3 generelt og af § 8, stk. 1, ifølge hvilken »en finansiel virksomhed skal give tilstrækkelig information om egne produkter og ydelser, herunder om forskelle i priser og vilkår for alternative produkter, der kan dække kundens behov«. De alternative produkter, som bestemmelsen omtaler, skal alene forstås som alternativer, der findes inden for den juridiske enhed, som pengeinstituttet er en del af, eksempelvis lån fra eget realkreditinstitut. Pengeinstituttet har således ikke pligt til at rådgive om andres konkurrerende produkter, jf. § 8, stk. 3, 2. pkt.

I nogle tilfælde, vil medarbejderen være i stand til umiddelbart at opstille handlingsalternativer og påpege konsekvenser af givne valg, men da der stilles de samme krav til rådgivning af egen drift som til rådgivning efter an-

<sup>15</sup> Se til illustration bl.a. sag nr. 202/2000, sag nr. 15/1999 og sag nr. 445/1998 fra Pengeinstitutankenævnet, hvor klagerne dog ikke fik medhold.

<sup>16</sup> Jf. *Lennart Lyngé Andersen og Peter Møgelvang-Hansen*, *Finansiel rådgivning*, 1997, s. 16.

modning, vil opstillingen af alternativer derfor kunne kræve nogle yderligere undersøgelser af kundens og af mere faktiske forhold. Det betyder, at medarbejderen kan være nødt til at henvise kunden til en nærmere rådgivningssamtale. Der er intet i bekendtgørelsen, der forhindrer denne forretningsgang. Rådgivning af egen drift er ikke ensbetydende med fyldestgørende rådgivning på stående fod.

Formodentlig vil det i langt de fleste tilfælde være i de ovennævnte situationer, hvor en påtænkt disposition synes uhensigtsmæssig for kunden, at rådgivningspligten efter § 5, stk. 2, 2. pkt. vil blive aktuel. Her har rådgivningen således direkte forbindelse til den påtænkte disposition. Der kan dog også tænkes situationer, hvor der må være en pligt til at yde rådgivning om forhold, der ikke umiddelbart har betydning for kundens påtænkte disposition, men hvor denne disposition blot har foranlediget medarbejderens opmærksomhed på et uhensigtsmæssigt forhold. Som eksempel kan nævnes den situation, hvor en medarbejder i forbindelse med en ekspedition af en kunde opdager, at denne har en stor del af sin formue stående på en konto med meget lav forrentning. I dette tilfælde må det formodes, at omstændighederne vil tilsige, at der skal ydes kunden rådgivning om alternativ placering af midlerne.

Dette følger da også af Pengeinstitutankenævnets bemærkninger i forbindelse med sag nr. 275/1997. Her udtaler ankenævnet: »Der påhviler et pengeinstitut en almindelig pligt til, som led i rådgivningen af kontohavere med et indestående på anfordringskonti i en størrelsesorden som i nærværende sag, at henlede sådanne kontohaveres opmærksomhed på alternativ placering af kontoens indestående«. <sup>17</sup>

Om denne rådgivning kan foretages umiddelbart, eller om det vil forudsætte en nærmere undersøgelse af kundens øvrige forhold, må afhænge af de konkrete omstændigheder.

### *2.3. Egentlig frarådning, § 13*

Da rådgivningsbegrebet ikke alene består af oplysninger om konsekvenser af givne valg men også af egentlige anbefalinger, er der ingen tvivl om, at § 5, stk. 2, 2. pkt. også indeholder en pligt til under visse omstændigheder direkte at fraråde en given disposition. § 5, stk. 2, 2. pkt. må imidlertid skulle ses i

<sup>17</sup> I den konkrete sag fandt flertallet af ankenævnets medlemmer imidlertid ikke grundlag for at tilsidesætte pengeinstitutets oplysning om, at kunden løbende var blevet orienteret om alternative placeringsmuligheder. Se til yderligere illustration bl.a. sag nr. 1/2002, sag nr. 213/1997, sag nr. 123/1996 og sag nr. 140/1996 fra Pengeinstitutankenævnet. Kun i sidstnævnte sag fik klager medhold.

sammenhæng med § 13, stk. 2, der indeholder en egentlig frarådningspligt.<sup>18</sup> Af denne bestemmelse fremgår det således:

»Forespørger en kunde på eget initiativ...om en investering eller finansiering af en investering, hvis konsekvenser overstiger kundens økonomiske formåen, skal pengeinstituttet eller værdipapirhandleren fraråde en sådan disposition.«

Såfremt frarådning som ovenfor antaget er omfattet af kravet om rådgivning af egen drift, kan § 13 stk. 2 umiddelbart synes overflødig. For det første anføres det i vejledningen, at formålet med bestemmelsen er at slå fast, at pengeinstituttet/værdipapirhandleren som den professionelle part har pligt til at gøre kunden opmærksom på relevante risici. Dette følger dog allerede af § 5, stk. 1 og 3, 3. pkt. For det andet synes anvendelsesområdet for § 13, stk. 2 også at kunne falde ind under udtrykket »hvor omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor« i § 5, stk. 2, 2. pkt.

Mens rådgivningspligten efter § 5, stk. 2, 2. pkt. alene indtræder i situationer, hvor det synes ret åbenlyst, at der er behov herfor, synes pligten i relation til § 13, stk. 2 dog at være knyttet til en mere detaljeret vurdering af den investering, som kunden efterspørger, og en nærmere prøvelse af kundens økonomiske forhold. Dette følger da også af § 13, stk. 1, hvori det hedder:

»Såfremt et pengeinstitut...anbefaler eller medvirker til særligt risikofyldte investeringer, skal der i samarbejde med kunden foretages en omhyggelig vurdering af kundens muligheder for at bære et eventuelt tab.«

§ 13 er således et udtryk for, at pengeinstituttet skal være særlig opmærksom i tilfælde af anmodninger om investeringer eller finansiering af disse. Synes kundens økonomiske forhold efter en nærmere undersøgelse af disse og af den konkrete investering ikke at kunne bære en sådan disposition, bør den frarådes.

Hvor meget der kan kræves for, at pengeinstituttet kan siges at være medvirkende til en investering, kan umiddelbart synes lidt svært at give et konkret svar på. Problemstillingen var fremme i U 2000.577/2H, der angik et pengeinstituts lån til en række investorer i forbindelse med stiftelse af et investeringselskab, hvis investeringer kort efter blev indstillet på grund af tab. Pengeinstituttet var ikke udbyder af investeringsprojektet og havde heller ikke foretaget en vurdering af dette. Pengeinstituttet havde ikke direkte kontakt med investorerne, idet låneanmodningerne gik gennem udbyderen af projektet.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> § 13 gælder kun for pengeinstitutter og værdipapirhandlere.

<sup>19</sup> For en nærmere gennemgang af sagen se *Hans Viggo Godsk Pedersen og Nina Dietz*

Højesteret anførte, at pengeinstituttet havde tilsidesat en rådgivnings-/oplysningspligt, der i dag formodentlig ville være omfattet af § 5, stk. 2, 2. pkt., men spørgsmålet er, om pengeinstituttet ikke kunne anses for værende medvirkende ved investeringen, således at der i dag ville være en pligt til at foretage en nærmere vurdering af kundens muligheder for at bære et eventuelt tab og efterfølgende fraråde investeringen. Selvom pengeinstituttets navn ikke var nævnt i prospektet, og selvom banken ikke havde haft direkte kontakt med investorerne, synes selve det faktum, at lånene fra banken blev tilbudt i nær tilknytning til markedsføringen af investeringsprojektet at være tilstrækkeligt til, at banken kunne anses for medvirkende. I U 2000.65H var omstændighederne næsten de samme som i U 2000.577/2H. Eneste forskelle var, at investorernes underskrivelse af tegningsaftalerne skulle ske hos pengeinstituttet, der i denne sag ligeledes havde kendskab til, at investeringsprojektet led af klare mangler, og at prospektet ikke overholdt reglerne i prospektloven. I denne sag synes pengeinstituttets medvirken endnu mere åbenlys, således at pengeinstituttet i dag ville have været omfattet af § 13.

#### *2.4. Rådgivnings- eller oplysningspligt*

Der kan og bør i almindelighed stilles strengere krav til rådgivning end til opfyldelse af den almindelige oplysningspligt,<sup>20</sup> men problemet er, at der ikke er en skarp afgrænsning mellem rene oplysninger og egentlig rådgivning.

Den loyale oplysningspligt udspringer af almindelige retsgrundsætninger om loyalitet i kontraktretlige relationer. Ifølge disse påhviler det enhver aftalepart at tage rimelige hensyn til den anden parts interesser, også selvom parternes aftale ikke indeholder udtrykkelige bestemmelser herom.<sup>21</sup> Den formueretlige oplysningspligt er bl.a. lovfæstet i købelovens § 76, stk. 1, nr. 3. Pligten til loyal hensyntagen til modparten følger dog også af markedsføringslovens § 3, der imidlertid er en offentligretlig regel.<sup>22</sup>

Problemerne med hensyn til afgrænsningen af de to begreber opstår især i relation til rådgivning af egen drift. Pligten til at rådgive af egen drift er nemlig tæt forbundet med iagttagelsen af den loyale oplysningspligt, og det kan i mange tilfælde være svært, ja næsten umuligt at afgøre, om der er tale om den ene eller den anden form for pligt.

---

*Legind* tidligere i denne bog. Samme mht. den nedenfor omtalte dom U 2000.65H.

<sup>20</sup> Jf. *Lennart Lyngé Andersen og Peter Møgelvang-Hansen*, *Finansiell rådgivning*, 1997, s. 14.

<sup>21</sup> Jf. bl.a. *Bernhard Gomard*, *Obligationsret 1. del*, 1998, s. 53 og *Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky*, *Lærebog i obligationsret I*, 2000, s. 63.

<sup>22</sup> Herudover findes der specielle regler om oplysningspligt i anden finansiell lovgivning, bl.a. kreditaftalelovens kap. 2.



Ved afgørelsen af, om der foreligger en rådgivnings- eller oplysningspligt, kan oplysningspligten ifølge *Lennart Lynge Andersen* og *Peter Møgelvang-Hansen* betragtes som en accessorisk forpligtelse i relation til præstationen af en anden ydelse, mens rådgivningen er hovedydelsen i et kontraktsforhold. Uden for rådgivningssfæren falder således som udgangspunkt oplysninger i forbindelse med de ovenfor omtalte rene ekspeditioner, men også de oplysningsforpligtelser, der påhviler pengeinstitutterne overfor kautionister, falder udenfor.<sup>23</sup> Sidstnævnte pligter følger dels af lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 7, dels af bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder § 17, stk. 2 og 3 og endelig af Finansrådets og Forbrugerrådets fælles regler for privat kaution for banklån.<sup>24</sup>

I overensstemmelse med denne noget firkantede sondring vil den pligt, der følger af bekendtgørelsens § 5, stk. 2, 2. pkt., i langt de fleste situationer alene komme til at fremstå som en oplysningspligt. Det skyldes, at pligten i henhold til § 5, stk. 2, 2. pkt. i langt størstedelen af tilfældene vil indtræde i forbindelse med en ekspedition. Her vil den primære opgave være at effektuere kundens ordre, hvorfor pligten efter § 5, stk. 2, 2. pkt. derfor må karakteriseres som accessorisk. Det fremgår dog klart af bekendtgørelsen, at pligten efter § 5, stk. 2, 2. pkt. er en rådgivningspligt og ikke kun en oplysningspligt. Udgangspunktet i bekendtgørelsen er således ikke, at rådgivning alene er hovedydelsen i et kontraktsforhold.

Kendetegnende for *Lynge Andersen* og *Møgelvang-Hansens* sondring er, at den tager udgangspunkt i hvilken situation, der er tale om, og ikke i hvilket indhold, den pågældende pligt skal have. Umiddelbart synes sidstnævnte kriterie at være mere relevant ved sondringen mellem de to begreber. Spørgsmålet er dog, om det overhovedet er muligt at foretage denne sondring. Bekendtgørelsen er i så fald ikke en hjælp i denne henseende, da oplysninger om risici og konsekvenser indgår som en del af § 5, stk. 1's rådgivningsdefinition tillige med anbefalinger og vejledninger. Rådgivning synes derfor at være et samlebegreb for oplysninger, opstilling og afvejning af alternativer og egentlige anbefalinger. Oplysningspligten kan således opfattes som en delmængde af rådgivning. Mens opfyldelse af oplysningspligten må antages at kunne ske alene ved påpegnelse af åbenlyse konsekvenser ved gennemførelse af en given disposition, vil der i opfyldelsen af rådgivningspligten også ligge en pligt til at komme med relevante alternativer og påpege konsekvenserne af disse således, at der gives kunden det fornødne beslutningsgrundlag.

<sup>23</sup> Jf. *Lennart Lynge Andersen og Peter Møgelvang-Hansen*, *Finansiel rådgivning*, 1997, s. 15-16.

<sup>24</sup> Nærmere herom se *Nina Dietz Legind*, *Privat kaution for banklån*, 2003, s. 23-24 og samme, *Juristen*, 2003, s. 274.

### 3. Rådgiver eller sælger?

Traditionelt har rådgivning været kendetegnet ved rådgiverens saglighed, uafhængighed og manglende egeninteresse. Disse karakteristika holder stik i relation til de traditionelle liberale erhverv som advokater, revisorer, læger m.m., og i forhold til denne opfattelse af begrebet står rådgivning i forholdsvis skarp kontrast til salg og afsætning af diverse produkter.

Med de finansielle virksomheders indtog på det såkaldte rådgivningsområde er begreberne imidlertid blevet blandet sammen, idet pengeinstitutter ikke vil være karakteriseret ved en manglende egeninteresse. Herved opstår problemet omkring de finansielle virksomheders dobbeltstilling og spørgsmålet, om medarbejderne i pengeinstitutterne skal betragtes som rådgivere, eller om de slet og ret er sælgere.

#### 3.1. Interessekonflikt

I modsætning til de traditionelle liberale erhverv vil finansielle virksomheder ofte (altid?) udover selve vederlaget for rådgivningen have en økonomisk interesse i, hvilke valg den rådsøgende træffer, idet virksomhederne som udbydere af finansielle ydelser naturligt nok har interesse i at afsætte egne eller eventuelle samarbejdspartneres produkter.

Samtidig fremgår det klart af bekendtgørelsens § 5, stk. 3, at rådgivningen skal tilgodese kundens interesser. Heri ligger, at rådgivningen skal give kunden mulighed for at tilrettelægge sin adfærd mest hensigtsmæssigt og træffe en beslutning i overensstemmelse med egne interesser. Hensyntagen til kunden indebærer bl.a., at pengeinstitutmedarbejderen skal være opmærksom på, hvilken målgruppe en given ydelse henvender sig til, da kundens individuelle forhold vil have betydning for eksempelvis dennes låne- og investeringshorisont.<sup>25</sup>

Der ligger således en potentiel konflikt i, at pengeinstituttet både skal varetage kundens interesser i rådgivningssituationen og samtidig varetage egne salgs- og indtjeningsmæssige interesser.

Bekendtgørelsen søger at tage højde for dette problem ved at opstille en kompromisløsning i § 8, stk. 1, ifølge hvilken pengeinstituttet alene skal rådgive på baggrund af *egne* produkter.<sup>26</sup> Kombineret med § 5, stk. 3 udtrykker

<sup>25</sup> Jf. bl.a. Pengeinstitutankenævnets sag nr. 95/1995, hvor en bank 16 måneder før kundens pensionstidspunkt havde rådgivet vedkommende til at investere sin kapitalpension i 30-årige lavt forrentede realkreditobligationer på trods af, at banken var vidende om, at kapitalpensionen skulle frigives året efter. Ankenævnet konkluderede, at der ikke var ydet en forsvarlig rådgivning.

<sup>26</sup> Ved egne produkter og ydelser forstås ifølge vejledningen ikke alene de produkter/ydelser, hvor den finansielle virksomhed juridisk set er medkontrahent i forhold til

denne bestemmelse således, at rådgivningen skal ske under hensyntagen til kundens interesser men alene på baggrund af pengeinstituttets egne produkter og ydelser.

Lyng Andersen og Møgelvang-Hansen anfører, at det er misvisende at tale om rådgivning, hvis det er afsætning af pengeinstituttets egne produkter, der er i centrum. I så fald er der tale om markedsføring af produktet.<sup>27</sup> Dette synspunkt er svært at være uenig i, men spørgsmålet er, om der ikke alene er tale om en sproglig mere end en indholdsmæssig diskussion. Når udgangspunktet i bekendtgørelsen er, at pengeinstitutterne er pligtige til at yde rådgivning med udgangspunkt i kundens interesser men på baggrund af egne produkter, kunne et dækkende udtryk for dette faktum således være »vejledende afsætning«.

Udgangspunkt i § 8, stk. 1 modificeres dog en smule i § 8, stk. 3, hvoraf det fremgår, at pengeinstituttet på grundlag af sit generelle markedskendskab skal informere kunden om relevante produkttyper på markedet. Ifølge vejledningen skal denne bestemmelse alene sikre, at der gives et overblik over udbudet på markedet, og det enkelte pengeinstitut er kun forpligtet til at informere om markedets øvrige muligheder i generelle vendinger. Hensigten med bestemmelsen er således ikke at pålægge pengeinstitutterne en pligt til at gøre kunden opmærksom på samtlige af konkurrenternes produkter. Bestemmelsen bliver ifølge vejledningen kun aktuel i de tilfælde, hvor der på markedet findes relevante produkter, der er afgørende forskellige fra de af den pågældende virksomhed udbudte, og som i højere grad tilgodeser kundens interesser. Et pengeinstitut har f.eks. pligt til at oplyse kunden om muligheden for realkreditlån i forbindelse med finansiering af boligkøb og ikke blot at anbefale et almindeligt banklån.

Denne problemstilling er blevet aktuel i forbindelse med storbankernes satsning på de nye kassekreditlignende prioritetslån, hvor der er tale om et pantebrevslån og en indlånskonto med samme rentevilkår. Prioritetslånene er mere fleksible end realkreditlånene, men de er samtidig også en del dyrere. Det vil næsten altid være billigere for forbrugeren at hjemtage et traditionelt realkreditlån kombineret med en kassekredit (for derigennem at opnå en vis fleksibilitet). På trods af dette sælger prioritetslånene utrolig godt, hvilket kan give anledning til tvivl med hensyn til pengeinstitutternes opfyldelse af deres rådgivningspligt i forbindelse med boligfinansiering.

---

kunden, men også de produkter/ydelser, som markedsføres eller formidles af den finansielle virksomhed.

<sup>27</sup> Jf. *Lennart Lyng Andersen og Peter Møgelvang-Hansen, Finansiell rådgivning, 1997, s. 14.*

### 3.2. Deklaration af særlig interesse

Inden for pengeinstituttets eget produktsortiment og de produkter, der formidles, kan der være produkter, som pengeinstituttet ud fra en almindelig profitmaksimerende tankegang kan have større interesse i at anbefale end andre. Kravet om, at rådgivningen skal tilgodese kundens forhold, behov og interesser, kan derfor være med til at begrænse indtjeningen i pengeinstituttet, da det ikke altid vil være det for pengeinstituttet mest profitable produkt, der vil tjene kundens interesser bedst.

Selvom den i afsnit 3.1 nævnte konstruktion i første omgang burde varetage både kundens og pengeinstituttets interesser, så synes der derfor fortsat at kunne være en interessekonflikt mellem parterne. Et forhold, der vil være med til at udvide kløften mellem de to parter, vil være, hvis der for pengeinstituttet eller for den enkelte rådgiver er mere end almindelig indtjening forbundet med afsætningen af et bestemt produkt. Herved bliver incitamentet til at anbefale et bestemt produkt forstærket, og tilbøjeligheden til at lade egne interesser gå forud for kundens bliver større.

I takt med at det udvandede rådgivningsbegreb har vundet indpas, og at forbrugerne er blevet bevidste om, at medarbejderne i bund og grund er sælgere, vil kunderne sandsynligvis ikke længere have forventninger om at modtage fyldestgørende rådgivning på baggrund også af konkurrenternes produkter, hvis de henvender sig i et konkret pengeinstitut. De vil dog stadig forvente (og være afhængige af) en sagkyndig rådgivning og vil nok ikke være forberedte på, at rådgiveren på grund af særlige forhold kan have en økonomisk interesse i, at kunden træffer et bestemt valg blandt de af pengeinstituttet udbudte produkter. I bekendtgørelsens § 9 er der derfor medtaget en bestemmelse, ifølge hvilken pengeinstituttet skal informere kunden i det omfang, det har en særlig interesse i afsætningen af bestemte produkter. Det anføres således i § 9:

»Har den finansielle virksomhed eller dens medarbejder/rådgiver i rådgivningssituationen en særlig interesse i rådgivningens resultat udover den almindelige indtjening, skal virksomheden inden rådgivningen informere kunden om arten og omfanget af den særlige interesse. Stk. 2. Modtager den finansielle virksomhed provision eller andet vederlag som følge af formidlingen af produkter eller ydelser, skal kunden gøres opmærksom herpå. Det samme gælder, hvis den ekspederende medarbejder/rådgiver modtager provision eller andet vederlag, og der er en direkte sammenhæng mellem konkrete salg af ydelser eller produkter og vedkommendes aflønning.«

I relation til stk. 1 præciseres det i vejledningen, hvad der forstås ved særlig interesse. Ifølge denne er interessen i almindelig indtjening, som f.eks. præmie-, gebyr- og renteindtægter ikke omfattet af begrebet. Det er derimod den

interesse i afsætningen, som indebærer særlige fordele for pengeinstituttet. Som eksempel nævnes et pengeinstituts udbud af ansvarlig kapital udstedt af pengeinstituttet selv, jf. sagerne om Himmerlandsbanken og Varde bank.

Mens stk. 1 primært vedrører afsætningen af produkter med »indbyggede« fordele, omhandler stk. 2 mere den interesse, der skyldes eksterne faktorer som modtagelse af provision eller andet vederlag for afsætning eller formidling af bestemte produkter og ydelser. Som stk. 2 er formuleret, må 1. pkt. skulle forstås således, at kunden under alle omstændigheder skal orienteres, hvis pengeinstituttet modtager vederlag for formidling/udbud af produkter fra et koncernforbundet selskab eller andre finansielle virksomheder i øvrigt. Det er ikke en betingelse, at udbetalingen af dette vederlag er tæt knyttet til et konkret salg, jf. stk. 2, 2. pkt. modsætningsvis. Det må derfor antages, at der også skal gives oplysninger om særlig interesse, hvis der modtages et fast vederlag. Der er således tale om en generel oplysningspligt, hvis et pengeinstitut på en eller anden måde tjener på at samarbejde med en anden virksomhed.

Er det derimod den enkelte medarbejder, der modtager provision, er det kun, hvis der er en direkte sammenhæng mellem konkrete salg og vedkommendes aflønning, der skal gives oplysninger om dette til kunden. Begrundelsen for denne forskel synes ikke klar, men muligvis kan det skyldes, at medarbejderne som udgangspunkt er fastlønnede, hvilket kunden forudsættes at have kendskab til i modsætning til den situation, hvor pengeinstituttet modtager vederlag fra diverse samarbejdspartnere.

### *3.2.1. »Direkte sammenhæng«*

Det fremgår ikke klart af hverken bekendtgørelsen eller vejledningen, hvad de nærmere skal forstås ved begrebet »direkte sammenhæng«. Det er således uklart, hvordan situationen forholder sig, hvis det enkelte salg alene indgår som en del af begrundelsen for en given aflønning. Samtidig nævner bekendtgørelsen kun de traditionelle aflønningsformer som provision og andet vederlag og tager ikke højde for eksempelvis salgskonkurrencer. Karakteristisk for disse vil være, at en eventuel belønning ikke vil være direkte knyttet til det enkelte salg. Spørgsmålet bliver så, om der alligevel skal gives oplysninger i forbindelse med hver enkelt handel, eller om det kun skal ske i relation til lige præcis det salg, der gør, at konkurrencen vindes. Det er ligeledes uklart, hvorledes der skal informeres i forbindelse med kollektive belønninger, hvor hvert enkelt salg bidrager til afdelingens resultat og opnåelse af bestemte mål. Til besvarelse af spørgsmålet om forståelsen af direkte sammenhæng foreslår Henrik Juul, at man henter inspiration i det erstatningsretlige

begreb samvirkende skadesårsager.<sup>28</sup> Overført til situationen med deklarering af særlig interesse må det betyde, at det primært vil være i relation til netop det salg, der udløser en given belønning/aflønning, at der skal gives oplysninger om særlig interesse. En så snæver fortolkning af bestemmelsen synes dog at harmonere dårligt med hensynet til forbrugerne.

### 3.2.2. Yderligere problemområder

Bestemmelsen i bekendtgørelsens § 9 har en række andre svagheder.

For det første indeholder den ingen formkrav til, hvorledes oplysningspligten skal iagttages. Vejledningen giver en række eksempler på, hvorledes dette kan gøres, og heraf fremgår, at det tilsyneladende er nok at informere i årlige oversigter, som udsendes i forbindelse med årsopgørelsen. En effektiv hensyntagen til kunden bør dog medføre, at oplysningerne skal gives i forbindelse med den enkelte handel og ikke alene i oversigtsform en gang om året. Samme opfattelse har Forbrugerombudsmanden, der anfører, at informationen bør være konkret og relateret til den specifikke situation. En generel orientering om virksomhedens samarbejdsrelationer vil ikke være tilstrækkelig.<sup>29</sup>

Bekendtgørelsen stiller som nævnt krav om, at det skal oplyses, såfremt pengeinstituttet modtager provision, men ifølge vejledningen er bankerne ikke forpligtede til at oplyse om provisionens størrelse. Henrik Juul sætter i den forbindelse spørgsmålstegn ved, hvor meget forbrugeren så kan bruge oplysningen om provisionen til.<sup>30</sup> Det må alt andet lige være sådan, at jo større provisionen er, desto kraftigere incitament har rådgiveren til at varetage egne interesser og tilsidesætte kundens behov. Dette forhold har kunden en reel interesse i at have kendskab til. Godt nok gøres kunden bekendt med pengeinstituttets særlige interesse, men kunden har ingen mulighed for at bedømme, hvor stor betydning denne vil kunne få, hvis størrelsen på provisionen ikke oplyses.

Samtidig tager bestemmelsen ikke stilling til, hvilke konsekvenser en sådan særlig interesse kan få for rådgivningen. Den senest reviderede udgave af Forbrugerombudsmandens retningslinier om etik i pengeinstitutternes rådgivning<sup>31</sup> fra 2002 indeholdt i punkt 7.3 en regel om, at pengeinstituttet i til-

<sup>28</sup> Jf. *Henrik Juul*, *Kreditrettens udvikling* (red. Lennart Lyng Andersen), 2003, s. 129 om udkastet til bekendtgørelsen.

<sup>29</sup> Jf. Forbrugerombudsmandens høringssvar til Finanstilsynet af 10. februar 2003.

<sup>30</sup> Jf. *Henrik Juul*, *Ernær i kredit- og kapitalmarkedsretten* (red. Lennart Lyng Andersen), 2004, s. 152 om egen (særlig) interesse.

<sup>31</sup> Disse retningslinier var udarbejdet med hjemmel i markedsføringslovens § 17 i samarbejde med Finansrådet, Forbrugerrådet, Håndværkerrådet og Konkurrencerådet. I mod-

fælde af en særlig interesse burde overveje at undlade at rådgive, at undlade at udbyde produktet eller at indskrænke sig til at afsætte det pågældende produkt til en afgrænset kundegruppe, ligesom det i punkt 7.4 hed, at en særlig interesse skærper kravene til pengeinstituttets forsigtighed ved udbud og formidling af de pågældende produkter og til indholdet af rådgivningen. Tilsvarende bestemmelser findes slet ikke i bekendtgørelsen. Da store dele af bekendtgørelsens kapitel om rådgivning nærmest er en direkte gengivelse af de etiske retningslinier, kan det undre, hvorfor Finanstilsynet og Forbrugerstyrelsen, der af Økonomi- og erhvervsministeren har fået udlagt opgaven med at udforme bekendtgørelsen, netop har valgt at frasortere disse to punkter, der synes meget centrale for pengeinstituttets varetagelse af kundens interesser. Godt nok vil en oplysning om særlig interesse indgå i kundens beslutningsgrundlag, men oplysningen er ikke i sig selv en garanti for, at kvaliteten i rådgivningen og dermed hensynet til kunden bevares, ligesom det kan være vanskeligt for kunden at vurdere, hvilke konsekvenser denne særlige interesse vil have for den ydede rådgivning.

Det kan anføres, at det bør være underforstået, at en særlig interesse vil øge kravet til agtpågivenheden for pengeinstituttet i og med, at princippet om at tilgodese kundens interesser selvfølgelig også vil gælde i disse situationer. Dette forhold bør dog ikke føre til, at spørgsmålet slet ikke omtales i hverken bekendtgørelsen eller vejledningen. Det ville klæde regelsættet og skabe betydelig større klarhed omkring retsstillingen på området, hvis en bestemmelse med et indhold svarende til det ovenfor i de etiske retningslinier nævnte blev medtaget. Netop klarere og mere præcise regler blev efterlyst af Forbrugerombudsmanden i relation til både det 1. og 2. udkast af bekendtgørelsen.<sup>32</sup> Disse krav kan således fortsat stilles.

### 3.2.3. Etisk dilemma

Kravet om oplysning om særlige interesser i den nuværende udgave af bekendtgørelsen løser ikke problemerne omkring de etiske dilemmaer, som nogle medarbejdere kan opleve i forbindelse med på den ene side at skulle tilgodese kundens behov og på den anden side at skulle opfylde bankens/egne bestemte mål. Det anføres, at en del medarbejdere ikke kan koncentrere sig om de kvalitative dele af rådgivningsopgaven, fordi forpligtelsen til at rådgive kunden efter bedste evne forstyrres meget kraftigt af kampagner for salg af

---

sætning til bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder var disse retningslinier ikke retligt bindende. Bekendtgørelsen har nu erstattet de etiske retningslinier.

<sup>32</sup> Jf. Forbrugerombudsmandens høringsvar til Finanstilsynet af henholdsvis 16/9 2002 og 10/2 2003.

bestemte produkter og af krav om opfyldelse af bestemte salgsmål for enten den enkelte rådgiver eller afdelingen som helhed.<sup>33</sup>

Kendetegnende for disse problemer er, at de ikke umiddelbart lader sig løse ved hjælp af lovregulering. Hvad der derimod bør kræves, er en ændret håndtering af indtjeningsprocessen og en øget erkendelse af kunderelationens betydning fra pengeinstituttets side. *Verner C. Petersen* formoder, at mere generelle incitamenter vil kunne mindske medarbejdernes dilemma.<sup>34</sup> Hvis de fremsatte målsætninger og de resultatafhængige aflønningssystemer er underlagt nogle mere overordnede rammer, vil medarbejdernes fokus sandsynligvis ikke være koncentreret omkring afsætningen af bestemte produkter men omkring en mere generel varetagelse af pengeinstituttets og egne interesser.<sup>35</sup> Dette vil gøre det nemmere også at tilgodese kundens interesser, da bevægelsesfriheden for den enkelte rådgiver vil være større.

Derudover kan kundetilfredshedsundersøgelser, de såkaldte etiske regnskaber, anvendes som et supplement til de rent kvantitative målinger. Her får pengeinstitutterne lejlighed til at drøfte med kunderne den måde, hvorpå de tjener deres penge. Sådanne regnskaber kan påvirke pengeinstitutterne til at tænke mere langsigtet i deres kunderelationer. Det anføres, at pengeinstitutterne på den måde vil blive mere motiverede til at yde rådgivning og service, der måske ikke udløser den store gevinst her og nu.<sup>36</sup> Således vil etiske regnskaber og lignende være med til at fjerne den værste kynisme fra erhvervslivet.

Mere generelle incitamenter og holdningsændringer fra pengeinstitutternes side ændrer dog ikke ved, at de fortsat vil spille en dobbeltrolle. *Henrik Juul* har en række forslag til, hvorledes man kan begrænse virkningerne af dette forhold. Bl.a. anfører han, at der kunne knyttes en række uddannelseskrav til titlen som bankrådgiver,<sup>37</sup> ligesom et krav om, at rådgiveren ikke må være provisions- eller resultatlønnet, vil være med til at sikre rådgiverens uafhængighed. Dette vil dog alene fjerne rådgiverens personlige interesser, men ikke pengeinstituttets interesse i alene at afsætte egne og ikke konkurrenternes produkter. Ønsker kunden derfor en fuldstændig uvildig rådgivning omkring

<sup>33</sup> Jf. *Verner C. Petersen*, Mere papir, mindre etik, *Finans/Invest* nr. 8, 1997.

<sup>34</sup> Jf. *Verner C. Petersen*, Mere papir, mindre etik, *Finans/Invest* nr. 8, 1997.

<sup>35</sup> Af børsmæglerforeningens anbefalinger til regulering af corporate finance- og aktieanalyseaktiviteter samt medarbejderhandel fremgår det, at en analytikers bonus eller anden form for honorering ikke bør være direkte knyttet til konkrete corporate finance projekter, men bør afspejle alle aspekter af analytikerens arbejde og resultater.

<sup>36</sup> Jf. *Elisabeth Teisen og Carsten Rasmussen*, Splittede rådgivere, *Finans* nr. 9, 2003, s. 19.

<sup>37</sup> I den svenske Lag om finansiell rådgivning til konsumenter, der trådte i kraft 1/7 2004, fremgår det af § 4, stk. 1, at den erhvervsdrivende skal sørge for, at den, der udfører rådgivning, har den fornødne kompetence hertil.



finansielle forhold, må dette ske hos en selvstændig bankformidler, der ikke er tilknyttet et bestemt pengeinstitut. Dette vil imidlertid indebære, at kunden udover at skulle betale for de finansielle ydelser også vil skulle betale særskilt vederlag for rådgivningen.<sup>38</sup>

#### **4. Afsluttende bemærkninger**

Formålet med bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder har været at sikre en bedre forbrugerbeskyttelse indenfor den finansielle sektor. I og med, at der er indført bindende regler med sanktioner i form af påbud og bøde, jf. §§ 34 og 35, synes bekendtgørelsen også umiddelbart at være egnet til at opfylde dette mål, idet pengeinstitutterne nu har større incitament til at handle i overensstemmelse med kundernes interesser.

Som det fremgår af ovennævnte gennemgang af nogle af bekendtgørelsens bestemmelser, er der dog en del områder, hvor retsstillingen er uklar, og hvor fortolkningen af bestemmelserne kan give anledning til tvivl. Det gælder bl.a. spørgsmålet om omfanget af pligten til uopfordret rådgivning i § 5, stk. 2, 2. pkt. og situationen i relation til deklarering af egeninteresse. Dette er ikke et forhold, der bidrager til en øget forbrugerbeskyttelse.

Ved lov nr. 428 af 6. juni 2002 overgik kompetencen til at udstede retningslinier for den finansielle sektor fra Forbrugerombudsmanden til Økonomi- og erhvervsministeren. Ministeren udlagde efterfølgende opgaven med at udarbejde nærmere regler om god skik til Finanstilsynet og Forbrugerstyrelsen. Om denne kompetenceændring er hensigtsmæssig eller ej, skal her være udebatteret, men under alle omstændigheder kan det konstateres, at der med bekendtgørelsen ikke er sket nogen væsentlig ændring i reglerne om rådgivning i forhold til Forbrugerombudsmandens tidligere etiske retningslinier. Forbrugerrådet konstaterer i den forbindelse, at der således med bekendtgørelsen ikke er tale om, at der er sket en modernisering, opdatering eller udvikling af forbrugerreguleringen på rådgivningsområdet.<sup>39</sup> Dette kunne man set i lyset af de senere års stigende fokusering på finansielle virksomheders adfærd over for deres kunder imidlertid dog godt have ønsket sig.

Samlet må det konstateres, at man ved at lave bindende regler er nået et stykke af vejen mod en bedre forbrugerbeskyttelse. Da bekendtgørelsen på visse områder dog fremstår sprogligt og indholdsmæssigt uklar, er man desværre ikke kommet helt i mål.

<sup>38</sup> Jf. *Henrik Juul*, *Emner i kredit- og kapitalmarkedsretten* (red. Lennart Lyngø Andersen), 2004, s. 193 ff. om egen (særlig) interesse.

<sup>39</sup> Jf. Forbrugerrådets høringsvar til Finanstilsynet af 14/2 2003.

## De internationale regnskabsstandarder og det skatteretlige beregningsgrundlag – et dansk perspektiv

af

*Inge Langhave Jeppesen*

### **Indledning**

På EATLP's<sup>1</sup> kongres i 2004 var et af emnerne »International Accounting Standards (IAS)<sup>2</sup> and taxation«. Professor dr. *Wolfgang Schön* havde i den forbindelse bidraget med et indlæg med titlen »International Accounting Standards – a »Starting Point« for a Common European Tax Base?« I indlægget bliver muligheden for at anvende de internationale regnskabsstandarder som »a starting point« analyseret, hvorefter det konkluderes, at:

»... it is also true that in order to establish a common tax base for all (or a large part of the) Member States of the European Union the IAS/IFRS are the only practical »starting point« available in the legal framework of the EC Treaty.«<sup>3</sup>

Tankerne om et fælles selskabsskattegrundlag, der er opgjort med udgangspunkt i de internationale regnskabsstandarder, blev fremført i KOM(2001)582,<sup>4</sup> hvor der er fremlagt en strategi for fastsættelse af et konsolideret selskabsskattegrundlag for virksomheders aktiviteter overalt i EU, der skal:

<sup>1</sup> European Association of Tax Law Professors

<sup>2</sup> Det skal for god ordens skyld bemærkes, at forkortelsen for de internationale regnskabsstandarder er ændret til IFRS.

<sup>3</sup> *Wolfgang Schön*: International Accounting Standards – a »Starting Point« for a Common European Tax Base?, s. 29 (Artiklen var en del af det materiale, der blev udleveret i forbindelse med kongressen i 2004)

<sup>4</sup> KOM(2001)582, På vej mod et indre marked uden skattemæssige hindringer, En strategi for fastsættelse af et konsolideret selskabsskattegrundlag for virksomheders aktiviteter overalt i EU (herefter refereret til som KOM(2001)582)

»...tilpasse selskabsbeskatningen i EU til den nye økonomiske ramme og skabe et mere effektivt fungerende indre marked uden interne skattemæssige hindringer.«<sup>5</sup>

Med henblik på at forhindre, at den grænseoverskridende aktivitet i det indre marked bliver begrænset af skattemæssige årsager, foreslås det, at der opgøres et konsolideret selskabsskattegrundlag på grundlag af én ramme for selskabsbeskatningen. Virksomheder med grænseoverskridende aktiviteter i EU skal derfor kunne:

- »beregne koncernens samlede indkomst ved anvendelse af ét sæt regler og
- opstille konsoliderede regnskaber til skattemæssige formål (hvorved de potentielle skattemæssige virkninger af rent koncerninterne transaktioner elimineres).«<sup>6</sup>

Senere er der i KOM(2001)582 henvist til, at visse EU-virksomheder fra 2005 skal udarbejde deres konsoliderede regnskaber i overensstemmelse med de internationale regnskabsstandarder, hvilket sandsynligvis vil fremme en regnskabsharmonisering, og de internationale regnskabsstandarder kan derfor udgøre et egnet udgangspunkt for opgørelsen af et fælles selskabsskattegrundlag.<sup>7</sup>

Wolfgang Schön's indlæg har af flere grunde inspireret mig til denne artikel. For det første har jeg beskæftiget mig med samspillet mellem skatte- og årsregnskabet i min Ph.D.-afhandling »Skatteretlig periodisering«. For det andet mener jeg, at der også i dansk skatteret er behov for at diskutere og vurdere betydningen af disse overvejelser i EU. Jeg ønsker ikke at diskutere det hensigtsmæssige i et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag, men derimod at fremhæve nogle af de problemstillinger, som - med udgangspunkt i dansk skatteret - efter min opfattelse vil være resultatet af et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag, der tager udgangspunkt i de internationale regnskabsstandarder. Problemstillingen knytter sig ikke kun til spørgsmålet om opgørelse af et fælles selskabsskattegrundlag, men i lige så høj grad til spørgsmålet, i hvilket omfang skatteregnskabet skal knytte sig til årsregnskabet, og der vil derfor blive taget udgangspunkt i denne problemstilling.

## 2. Et historisk perspektiv

Som udgangspunkt for overvejelserne om de problemstillinger, der knytter sig til skatteregnskabet og årsregnskabet – set i et dansk perspektiv - vil jeg kort beskrive udviklingen i samspillet mellem skatte- og årsregnskabet i dansk ret. Den danske statsskattelov stammer som bekendt oprindeligt

<sup>5</sup> KOM(2001)582, s. 3

<sup>6</sup> KOM(2001)582, s. 16

<sup>7</sup> KOM(2001)582, s. 19

fra 1903 med mindre ændringer i 1912 og 1922. På daværende tidspunkt fandtes der kun denne ene skattelov, og den indeholdt derfor også bestemmelser om skattekontrol.

Det var dog først med statsskatteloven fra 1912, at der i § 22 blev indført bestemmelser om indholdet af selvangivelsen, om end disse var meget kortfattede. Det fremgik blandt andet, at skattepligtige dødsboer, selskaber og foreninger skulle indgive en underskreven angivelse, og at den skulle være vedlagt et regnskab. Dette krav gav anledning til, at Industrirådet spurgte Skattedepartementet om det nærmere indhold af dette regnskab. Hertil svarede Skattedepartementet, at:

»man maa anse Paabudet i Lovens § 22 4de Stykke, om at Regnskab skal vedlægges Angivelsen for opfyldt derved, at der vedlægges Selvangivelsen et Eksemplar af Selskabets officielle Regnskab for det paagældende Aar, eller, hvis dette ikke kan ske, et summarisk Regnskab over Indtægter og Udgifter i Regnskabsaaret.«<sup>8</sup>

I statsskatteloven fra 1922 blev § 22 ændret, så bestemmelserne om pligten til at vedlægge selvangivelsen et regnskab blev udvidet til også at omfatte:

»Personer, der er pligtige til at føre autoriserede Handelsbøger, samt skattepligtige Dødsboer, Selskaber, Foreninger og andre Institutioner, jfr. § 2, Nr. 5, skal sammen med Angivelse af deres Indkomst indsende Driftsregnskab og Opgørelse over Status ved det paagældende Driftsaars Begyndelse og Slutning.«

Som det fremgår, var det karakteristisk for de bestemmelser, der regulerede den dagældende selvangivelsespligt, at der var angivet en pligt til at vedlægge selvangivelsen et regnskab, men ikke retningslinier for indholdet af dette regnskab. I det citerede svar fra Skattedepartementet er der ganske vist henvist til det officielle regnskab, men opmærksomheden skal i den sammenhæng henledes på, at der ikke i 1912 fandtes bestemmelser om regnskabsafleggelse. Den første bogføringslov var ganske vist vedtaget tidligere på året, men den indeholdt ikke bestemmelser om regnskabsafleggelse, men var primært tænkt som et regelsæt, der skulle skabe sikkerhed for kreditorerne.<sup>9</sup> De

<sup>8</sup> V. Anthon: Tekstudgave af Lov Nr. 144 af 8. Juni 1912 om Indkomst- og Formueskat til Staten (herefter refereret som Kommentar til 1912-loven), s. 59 til forespørgslen, og citatet er fra originalen af forespørgslen, som findes arkiveret i Rigsarkivet som journalnummer 874 i Indkomst- og Formuejournal (39/19) fra 1913.

<sup>9</sup> Det fremgår blandt andet af Rigsdagstidende, Forhandlinger i Folketinget 1945-46, sp. 6241, hvor der i forbindelse med forhandlingerne om en lov om selvangivelse og formue i 1946 blev henvist til, at bogføringspligten i sin tid var gennemført af hensyn til kreditorerne. Se desuden Rigsdagstidende, Forhandlinger paa Landstinget, 1909-10, sp. 368,

første egentlige bestemmelser om regnskabsafklæggelse kom med vedtagelsen af aktieselskabsloven i 1917, der alene indeholdt kortfattede bestemmelser om, at der skulle udarbejdes et driftsregnskab og en status, der skulle vise selskabets sande stilling efter bestyrelsens bedste skøn.

Selv om der således på tidspunktet for ændringen af statskatteloven i 1922 fandtes bestemmelser om regnskabsafklæggelse, blev formuleringen af statskattelovens § 22 ikke ændret, så der med hensyn til det regnskab, der skulle vedlægges selvangivelsen, blev henvist direkte til regnskabsbestemmelserne i aktieselskabsloven, og der skete dermed ikke en lovmæssig kobling af de to regelsæt. Det er uvist, om denne manglende sammenkobling er sket bevidst, eller om det alene beror på tilfældigheder, at der ikke blev gjort overvejelser om et eventuelt sammenfald af principper mellem de to typer af indkomstopgørelser, men det kan konstateres, at skatte- og årsregnskabet var adskilt på lovniveau.

Vedtagelsen af Lov om Selvangivelsen af Indkomst og Formue m.v. af 12. Juli 1946 blev begyndelsen på en udvikling, der fastholdt denne adskillelse af skatte- og årsregnskabet. Hensigten med loven var at give skattemyndighederne bedre muligheder for at gennemføre en effektiv skatteligning, hvilket blandt andet betød, at begrebet »regnskabspligt« blev indført. Det muliggjorde, at Finansministeren efter indstilling fra Ligningsrådet kunne bestemme, at erhvervsdrivende, der ikke var omfattet af bogføringspligt – og dermed heller ikke af statskattelovens § 22 om pligt til at vedlægge selvangivelsen et regnskab - skulle føre et regnskab, der opfyldte mindstekrav fremsat af Ligningsrådet.

Denne bemyndigelse blev løbende udnyttet til at udstede bekendtgørelser om regnskabspligt for de erhverv, der ikke var omfattet af bogføringspligt. Det interessante ved disse bekendtgørelser var, at de dels indførte en pligt til at udarbejde et driftsregnskab, dels at de også angav nærmere bestemmelser om indholdet af dette. Det vil sige, at det var skatteretten, der som det første område specificerede kravene til indholdet af et driftsregnskab.

Udviklingen fortsatte med ændringen af skattekontrolloven i 1967, der bemyndigede Finansministeren til at angive nærmere regler for udarbejdelsen af de driftsregnskaber, der skulle vedlægges selvangivelsen – en bemyndigelse, der blev udnyttet i 1969 i forbindelse med udstedelsen af den første egentlige mindstekravs bekendtgørelse. Skattekontrollovens § 3 er siden blevet udvidet med en bestemmelse om, at selvangivelsen skal vedlægges et skattemæssigt regnskab, der i henhold til den nugældende mindstekravs bekendtgørelse<sup>10</sup>

---

hvor Ministeren for Handel og Søfart henviser til den bevisfordel, som ordentligt førte bøger kan give.

<sup>10</sup> Bekendtgørelse nr. 1068 af 12.12.1999 om skattemæssige krav til regnskab

skal være udarbejdet efter skattemæssige principper eller bilagt nødvendige skattemæssige korrektioner og specifikationer. Det vil sige, at det klart fremgår, at det regnskab, der skal vedlægges selvangivelsen, er et skattemæssigt regnskab, hvor mindstekravsbekendtgørelsen udgør et væsentligt grundlag for konverteringen fra årsregnskab til skatteregnskab.

Udviklingen har således fastholdt den situation, der blev skabt i 1922, hvilket betyder, at der ikke i dansk ret på lovniveau er et sammenfald mellem den skatteretlige og regnskabsretlige indkomstopgørelse. Der er således som udgangspunkt tale om to forskellige indkomstopgørelser, der er udarbejdet på grundlag af hver sit regelsæt. Dette forhold er yderligere blevet bestyrket af, at ændringen af årsregnskabsloven i 2001 betød et skift fra en transaktionsbaseret indkomstopfattelse til en værdibaseret indkomstopfattelse.

Og hermed udgør dansk ret på dette område en undtagelse i forhold til situationen i de fleste øvrige europæiske lande, idet flertallet af disse har en større eller mindre grad af sammenkobling mellem de to indkomstopgørelser<sup>11</sup> – eksempelvis fra et princip om *Massgeblichkeit* i tysk ret til et regnskabsprincip i norsk ret, der alene gælder i relation til den skatteretlige periodisering.

Udviklingen i blandt andet tysk og norsk ret har dog vist, at den regnskabsretlige regulering har fået mindre betydning for opgørelsen af den skattepligtige indkomst, idet der er vedtaget en række skatteretlige særbestemmelser. Men bindingen mellem de to indkomstopgørelser har fortsat den betydning, at det er den regnskabsretlige regulering, der gælder på de områder, hvor der ikke findes en særskilt skatteretlig regulering. Set i et dansk perspektiv synes overvejelserne om et skatteregnskab, der er tæt knyttet til årsregnskabet, derfor at være mere »revolutionerende«, end for de mange europæiske lande, der har tradition for en større eller mindre grad af samspil mellem skatteregnskabet og årsregnskabet.

### **3. Udgør et skatteregnskab baseret på IFSR en farbar vej?**

Tankerne om et skatteregnskab baseret på IFSR er fremkommet i forbindelse med overvejelserne i EU om et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag. Som nævnt indledningsvist mener jeg imidlertid, at spørgsmålet i overskriften ikke kun er relevant i denne forbindelse, men også i relation til overvejelser om en generel kobling mellem skatte- og årsregnskabet - især når problemstillingen betragtes fra et dansk perspektiv, idet den danske årsregnskabslov fra 2001 er en rammelov, der skal udfyldes ved danske regnskabsstandarder, der er udarbejdet på grundlag af IFRS. I det følgende vil jeg analysere nogle

<sup>11</sup> *Christoph Spengel: International Accounting Standards und Unternehmensbesteuerung in der Europäischen Union (Teil 1), IStR 2003, nr. 1, s. 30*

af de problemer, som en sådan kobling mellem de to indkomstopgørelser efter min opfattelse vil medføre.

### 3.1. Indkomstopfattelse

Indtil vedtagelsen af den nye årsregnskabslov i 2001 var det den transaktionsbaserede teori, der lå til grund for de regnskabsretlige bestemmelser. Denne teori tager udgangspunkt i de transaktioner, der gennemføres i virksomheden, og samler de økonomiske virkninger af disse transaktioner i resultatopgørelsen, der dermed udgør periodevise målinger af resultatet af de gennemførte transaktioner.<sup>12</sup> Det er derfor resultatet af de gennemførte transaktioner, der måles, og balancen bliver et residual, hvor periodens uafsluttede transaktioner samles.

Dette ændrede sig med vedtagelsen af årsregnskabsloven i 2001,<sup>13</sup> så det nu er den værdibaserede indkomstopfattelse, der ligger til grund for de regnskabsretlige bestemmelser. Hermed er det målingen af værdierne i balancen, der er det væsentlige, idet en periodes overskud måles som forskellen på egenkapitalen ultimo og egenkapitalen primo. Det vil sige, at indtægterne udgøres af aktivernes værdistigning og faldet i forpligtelsernes værdi, mens omkostningerne udgøres af forpligtelsernes værdistigning og faldet i aktiverens værdi.<sup>14</sup> I henhold til denne teori er det derfor resultatopgørelsen, der er sekundær.

Med denne fokus på værdierne i balancen, omfatter resultatopgørelsen ikke kun værdien af de gennemførte transaktioner, men også værdien af urealiserede værdistigninger og –tab. Det vil sige en indkomstopgørelse, der afspejler den Schanz-Haig-Simonske indkomstopfattelse.<sup>15</sup>

Sammenlignes de grundlæggende bestemmelser for opgørelsen af den skattepligtige indkomst med disse teoretiske indkomstopfattelser, ses det, at det retserhvervelses- og pligtpådragelsesprincip, som har udviklet sig i relation til statsskatteloven §§ 4 og 6, og bestemmelsen i statsskatteloven § 5 om, at urealiserede gevinster og tab ikke skal indgå ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, har flest lighedspunkter med den transaktionsbaserede indkomstopfattelse. Det betyder, at en kobling af de to indkomstopgørelser i dansk ret også vil indebære en ændring af den indkomstopfattelse, der ligger til grund for opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Denne ændring har særlig betydning for periodiseringen, idet den regnskabsretlige regulering tillader indregning af urealiserede gevinster og tab – og dermed bryder med rea-

<sup>12</sup> Jens O. Elling: Årsrapporten – teori og regulering, 1. udgave, 1. oplag, s. 83

<sup>13</sup> Lov nr. 448 af 7. juni 2001

<sup>14</sup> Årsregnskabsloven bilag C – Årsrapportens elementer, punkt 10 og 12

<sup>15</sup> Se hertil Kevin Holmes: *The Concept of Income A multidisciplinary analysis*, s. 35

lisationsprincippet. I sit indlæg er *Wolfgang Schön* opmærksom på denne problemstilling, idet han bemærker, at:

»Therefore, the IAS/IFRS will only provide for a practical »starting point« for a common consolidated tax base, if fair value accounting does not become the paramount standard for the valuation of assets and liabilities.«<sup>16</sup>

*Albert J. Rädler* behandler også problemstillingen i en artikel,<sup>17</sup> hvor han med hensyn til spørgsmålet om de internationale regnskabsstandards betydning for opgørelsen af den skattepligtige indkomst konkluderer, at:

»The taxation of non-realized profits and gains, in my view, will be the greatest stumbling block for the acceptance of IAS for tax purposes.«

Jeg kan tilslutte mig denne opfattelse af problemstillingen, og det er derfor min vurdering, at skatteregnskabet ikke i relation til indkomstopfattelse og den deraf afledte periodiseringsproblematik kan tage udgangspunkt i årsregnskabet, men at det vil være nødvendigt med en egen skatteretlig regulering heraf, så det fortsat sikres, at der lægges vægt på, hvornår der er sket realisation.

### 3.2. Måling af værdier

Som nævnt i indledningen indebar ændringen af årsregnskabsloven i 2001 et skift fra en transaktionsbaseret til en værdibaseret indkomstopfattelse. Baggrunden for dette var, at årsregnskabet i højere grad skulle sikre information, der kunne danne grundlag for investorers og andre interesseredes (for eksempel medarbejdere, kunder og lokalsamfund) beslutninger frem for alene at sikre information til virksomhedens kreditorer.<sup>18</sup> Hermed blev værdierne i balancen centrale for regnskabsaflæggelsen og fokus blev flyttet fra spørgsmålet om, hvornår en transaktion skal indgå ved opgørelsen af en periodes resultat til et spørgsmål om målingen af værdierne i balancen.

Herom fremgår det af årsregnskabsloven § 33, at et aktiv henholdsvis en forpligtelse skal indregnes i balancen, når det er sandsynligt, at fremtidige økonomiske fordele vil tilflyde virksomheden henholdsvis fragå virksomheden, og aktivets henholdsvis forpligtelsens værdi kan måles pålideligt. Det vil sige, at det afgørende for at optage et aktiv eller en forpligtelse i balancen er,

<sup>16</sup> *Wolfgang Schön*: International Accounting Standards – a »starting point« for a Common European Tax Base?, s. 28 (Artiklen er tilgængelig på [www.EATLP.org](http://www.EATLP.org))

<sup>17</sup> *Albert J. Rädler*: Recent Trends in European and International Taxation, International Tax Review 2004, nr. 32, s. 375

<sup>18</sup> Tillæg A til Folketingstidende 2000/2001, s. 3253



at der kan foretages en pålidelig måling af værdien af de økonomiske fordele, der skal tilflyde eller fragå virksomheden. Hovedreglen for denne måling fremgår af årsregnskabsloven § 36, der angiver, at såvel aktiver som forpligtelser på tidspunktet for første indregning skal måles til kostpris, og at værdien af forpligtelser ved efterfølgende målinger ændres til nettorealiseringsværdien, medmindre andet følger af loven. Herefter følger en række undtagelser for såvel aktiver som forpligtelser, hvor der ved de efterfølgende målinger enten kan eller skal foretages en måling, der afviger fra denne hovedregel. Således skal finansielle aktiver i henhold til årsregnskabsloven § 37 værdiansættes til dagsværdi, materielle anlægsaktiver kan i henhold til årsregnskabsloven § 41 opskrives til dagsværdi og varebeholdninger kan i henhold til årsregnskabsloven § 46, stk. 1 opskrives til genanskaffelsesværdi, og de skal i henhold til årsregnskabslovens § 46, stk. 2 nedskrives til nettorealiseringsværdien. Begreberne dagsværdi, genanskaffelsesværdi og nettorealiseringsværdi er nærmere specificeret i bilag D, så der knytter sig ikke usikkerhed til deres indhold, men derimod til den konkrete måling - hvordan måles for eksempel nettorealiseringsværdien for en ukurant vare?

Den usikkerhed, der knytter sig til målingen af aktivernes og forpligtelsernes værdi, når disse afviger fra historisk kostpris, indebærer efter min opfattelse, at der kan knytte sig et betydeligt skønselement til målingen af værdierne. I relation til opgørelsen af den skattepligtige indkomst betyder denne afvigelse fra historisk kostpris, at skatteyder får mulighed for gennem udøvelsen af sådanne skøn at påvirke opgørelsen af periodens indkomst. Og dette forhold udgør efter min opfattelse en så betydelig ulempe i forhold til opgørelsen af den skattepligtige indkomst, at sådanne skønspregede målinger i videst muligt omfang bør undgås.

Imod dette synspunkt kan der selvfølgelig argumenteres med, at der allerede i den eksisterende skatteretlige lovgivning og praksis er en række eksempler på, at der ved værdiansættelsen af skattepligtige aktiver og passiver indgår et så betydeligt element af skønudøvelse, at det allerede nu er muligt at manipulere med opgørelsen af en periodes indkomst. Ligningsvejledningens anvisninger om værdiansættelsen af et ukurant varelager udgør et eksempel herpå.<sup>19</sup>

Det er imidlertid min opfattelse, at den påvirkning af den skatteretlige indkomstopgørelse, der sker ved udøvelsen af skøn, er uheldig, og dens eksistens kan i hvert fald ikke i sig selv begrunde, at der fortsættes dermed – og at mu-

<sup>19</sup> I min afhandling *Skatteretlig periodisering* har jeg i kapitel 6, afsnit 2.3.2.4.1. argumenteret for, at de metoder, der er angivet i Ligningsvejledningen til værdiansættelse af ukurante varer, kun delvist er i overensstemmelse med gældende ret.

lighederne for skønsudøvelsen udvides yderligere. Jeg mener derfor, at den fokus, der i den nye årsregnskabslov er på balancens værdier og på, at de skal udgøre markedsværdien, betyder, at årsregnskabslovens bestemmelser på området for værdiansættelse ikke udgør et egnet grundlag for den skatteretlige værdiansættelse. Den bør derimod ske til oprindelig kostpris, der udgør en værdi, der i mindre grad er påvirket af skøn.

### 3.3. Begrebsanvendelse

I årsregnskabsloven anvendes en række begreber, der blandt andet er defineret nærmere i bilag 1 til årsregnskabsloven. Flere af disse begreber findes også i skatteretten, om end der ikke altid er helt sammenfald i ordlyden. Eksempler herpå er nærtstående parter, koncernvirksomhed, dagsværdien og genanskaffelsesværdien. Det er imidlertid spørgsmålet, om disse begreber altid omfatter det samme – for eksempel om en koncernvirksomhed i regnskabsretten også udgør en koncernvirksomhed i skatteretten. I regnskabsretten er en koncernvirksomhed defineret som en modervirksomhed og dens dattervirksomheder, og en modervirksomhed er derefter defineret som:

»En virksomhed, som

- 1) Besidder flertallet af stemmerettighederne i en anden virksomhed
- 2) Er virksomhedsdeltager og har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i den anden virksomheds øverste ledelsesorgan,
- 3) Er virksomhedsdeltager og har ret til at udøve en bestemmende indflydelse over en anden virksomheds driftsmæssige og finansielle ledelse på grundlag af vedtægter eller aftale med denne,
- 4) Er virksomhedsdeltager og på grundlag af aftale med andre deltagere råder over flertallet af stemmerettighederne i en anden virksomhed eller
- 5) Besidder kapitalandele i en anden virksomhed og udøver en bestemmende indflydelse over dennes driftsmæssige og finansielle ledelse.«<sup>20</sup>

Der eksisterer ikke på tilsvarende vis et generelt skatteretligt koncernbegreb.<sup>21</sup> *Jakob Bundgaard* skriver således, at skatterettens koncernbegreb ikke er overtaget fra civilretten, men at der er tale om et relationsbegreb, hvis indhold varierer alt afhængig af, hvilken situation det optræder i.<sup>22</sup> I nogle skatteretlige sammenhænge kan der således konstateres et koncernforhold allerede ved 10 % ejerskab, mens der i andre skatteretlige sammenhænge kræves

<sup>20</sup> Bilag 1, B nr. 3 og 4 til årsregnskabsloven

<sup>21</sup> *Jens Olav Engholm Jacobsen* m.fl., *Skatteretten* 2, 3. udgave, s. 343

<sup>22</sup> *Jakob Bundgaard*: *Skatterettens koncernbegreb*, s. 66 – 67 i *Festskrift til Ole Bjørn* (redigeret af Susanne Pedersen m.fl.). Se i øvrigt *Jens Olav Engholm Jacobsen* m.fl. i *Skatteretten* 2, 3. udgave, s. 342 – 344.

mere.<sup>23</sup> Det anføres i artiklen, at forskelligheden i det skatteretlige koncernbegreb sandsynligvis er nødtvungen, idet forskellige hensyn ligger bag de enkelte koncernskatteretlige regler<sup>24</sup> – enten i form af koncernbegunstigende lovgivning (f.eks. SEL § 13, stk. 1, nr. 2 om skattefrie datterselskabsudbytter, hvor der forudsættes et ejerskab på mindst 20 % af kapitalen) eller koncernbebyrdende lovgivning (f.eks. SEL § 32 om tvungen sambeskatning, hvor der forudsættes et ejerskab på 25 % af kapitalen eller 50 % af stemmerne).

Koncernbegrebet er således et eksempel på, at det i henhold til gældende ret ikke er ens defineret i henholdsvis regnskabs- og skatteretten, og at der ligger særlige hensyn bag den skatteretlige koncernbegunstigende eller koncernbebyrdende lovgivning – hensyn som sandsynligvis også er relevante i forbindelse med et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag, og som derfor vil kræve en egen skatteretlig definition af koncernbegrebet.

Et andet eksempel på begreber, der både anvendes i regnskabs- og skatteretten, er direkte og indirekte produktionsomkostninger, som særligt er aktuelle i forbindelse med værdiansættelsen af varelager og igangværende arbejder for fremmed regning. Det fremgår af årsregnskabsloven § 44, at kostprisen for omsætningsaktiver for virksomheder i regnskabsklasse B omfatter de omkostninger, der direkte kan henføres til det fremstillede aktiv. Af årsregnskabsloven § 82 fremgår det, at kostprisen for omsætningsaktiver for virksomheder i regnskabsklasse C og D også skal omfatte de indirekte produktionsomkostninger. Den nærmere definition af disse begreber fremgår af regnskabsvejledning nr. 6 om entreprisekontrakter og regnskabsvejledning nr. 8 om varebeholdninger.

Ved fastsættelsen af kostprisen for varer under fremstilling samt færdigvarer indgår dels *kostprisen* for råvarerne og hjælpematerialerne, dels de *forarbejdningsomkostninger* og *andre omkostninger*, der i fremstillingsperioden er medgået ved produktionen og som *direkte* eller *indirekte* kan henføres til produktionen af den pågældende vare.<sup>25</sup> Forarbejdningsomkostninger omfatter i henhold til punkt 15 i regnskabsvejledning nr. 8 direkte produktionsløn og andre direkte og indirekte produktionsomkostninger, hvor de sidstnævnte i henhold til punkt 17 i regnskabsvejledning nr. 8 kan opdeles i en fast og en variabel del. I den internationale regnskabsstandard for varebeholdninger<sup>26</sup> er faste og variable indirekte produktionsomkostninger defineret nærmere. Det fremgår således, at faste indirekte henholdsvis variable indirekte produktionsomkostninger udgøres af:

<sup>23</sup> Jakob Bundgaard: Skatterettens koncernbegreb, s. 81 i Festskrift til Ole Bjørn

<sup>24</sup> Jakob Bundgaard: Skatterettens koncernbegreb, s. 82 i Festskrift til Ole Bjørn

<sup>25</sup> Regnskabsvejledning nr. 8, punkt 14

<sup>26</sup> IAS 2

»... indirekte produktionsomkostninger, der er relativt upåvirkede af ændringer i produktionsomfang, såsom afskrivninger på og vedligeholdelse af fabriksbygninger og driftsmidler og omkostninger til produktionsledelse og administration.« og

»... indirekte produktionsomkostninger, der påvirkes direkte eller tilnærmelsesvis direkte af produktionsomfanget, såsom indirekte materialer og indirekte løn.«<sup>27</sup>

Til brug for opgørelsen af den skattepligtige indkomst indeholder varelagerloven bestemmelser om værdiansættelsen af varelageret til brug for opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Det fremgår heraf, at værdiansættelsen blandt andet kan ske til fremstillingsprisen for egne fremstillede varer, uden at denne er defineret nærmere.

Af Ligningsvejledningen fremgår det, at de direkte afholdte udgifter skal medregnes, mens indirekte produktionsomkostninger kan medregnes. Herefter er det anført, at fremstillingsprisen som minimum skal inkludere:

1. »råvarer, inkl. told og fragt,
2. udgifter til fremmed forarbejdning,
3. direkte investeret arbejds løn,
4. forbrug af hjælpestoffer,
5. forbrug af hjælpevarer, herunder brændsel,
6. energiforbrug ved produktionsprocessen (jf. TfS 1985.341 LSR),
7. udgifter til emballage.«<sup>28</sup>

I TfS 1985.657(LSR) og TfS 1985.341(LSR) var omfanget af aktiveringspligten til prøvelse. Der var tale om udgifter til lønninger til medarbejdere, der kun indirekte deltog i produktionsprocessen. Men i begge tilfælde fandt Landsskatteretten, at lønningerne udgjorde direkte produktionsudgifter, og at de derfor skulle aktiveres som en del af varelageret. I TfS 1985.341(LSR) var der lagt vægt på, at arbejds lønnen ganske vist ikke var direkte proportional med den producerede varemængde, men den var dog springvist variabel inden for visse produktionsintervaller.

Ved at sammenligne de regnskabsretlige vejledninger med den skatteretlige praksis – dels i form af eksemplificeringen i Ligningsvejledningen dels i form af de kendelser fra Landsskatteretten, der foreligger - fremgår det, at begrebet i skatteretten med anvendelse af de regnskabsretlige terminologier både omfatter købsomkostninger og den del af forarbejdningssomkostningerne, der udgøres af omkostninger direkte forbundet med produktionen. Men det omfatter også de variable indirekte produktionsomkostninger, idet de om-

<sup>27</sup> Den danske version af IAS 2, punkt 10

<sup>28</sup> Ligningsvejledningen; Erhvervsdrivende 2004-2, afsnit E.B.2.6.1.4

kostninger, der i TfS 1985.341(LSR) og TfS 1985.657(LSR) skulle aktiveres som en del af varelagerets værdi, var omkostninger, der opfylder den regnskabsretlige definition af variable indirekte produktionsomkostninger. Det vil sige, at der er forskel på direkte produktionsomkostninger i regnskabs- og skatteretten, idet der i skatteretten alene lægges vægt på, om en omkostning varierer i takt med/kan måles i forhold til den producerede mængde.

Det skal i den forbindelse også bemærkes, at der i Ligningsvejledningen anvendes begrebet »direkte afholdte udgifter«, så det ikke kun er i praksis men også i begrebsanvendelse, at der er forskel på skatte- og regnskabsretten. Det er uvist, om denne forskelligartede begrebsanvendelse er tilsigtet, idet Ligningsvejledningen også anvender begrebet indirekte produktionsomkostninger, som i hvert fald ud fra ordlyden er sammenfaldende med det regnskabsretlige begreb. Men når det skatteretlige begreb »direkte afholdte udgifter« også omfatter en del af de omkostninger, der i regnskabsretten udgøres af indirekte produktionsomkostninger, må de skatteretlige indirekte produktionsomkostninger have et andet indhold end det regnskabsretlige begreb, idet det højst kan dække over de faste indirekte produktionsomkostninger, som er omkostninger, der er relativt upåvirkede af produktionsomfanget.

Denne uklarhed omkring anvendelsen af begreberne »direkte afholdte udgifter« og »indirekte produktionsomkostninger« kan vel i et vist omfang løses via en kobling af den skatte- og regnskabsretlige indkomstopgørelse, idet regnskabsvejledning nr. 8 og IAS 2 i højere grad end i skatteretten har opstillet egentlige definitioner af begreberne, om end der stadig vil være vanskeligheder forbundet med at afgøre, hvordan en indirekte produktionsomkostning skal allokere til et givet varelager. På dette område vil det derfor kunne være en fordel at have et sammenfald mellem de to indkomstopgørelser, men det forudsætter igen efter min opfattelse, at det overvejes, om det er det man ønsker, da en tilsyneladende ensartet problemstilling med ensartede terminologier ikke efter gældende ret løses efter ensartede kriterier.

Og dermed er problemstillingen efter min opfattelse et eksempel på, at tanker om et sammenfald mellem de to indkomstopgørelser, vil kræve overvejelser om, hvorvidt de også inkluderer et sammenfald i begrebsanvendelse. Og i tilfælde af, at det ikke ønskes, vil det være nødvendigt med en egen skatteretlig regulering heraf.

#### *3.4. Ændringer i den regnskabsretlige regulering*

Regnskabsretten er som skatteretten ikke statisk, hvilket betyder at regnskabsretten ændrer sig dels via lovgivning og regnskabsvejledninger, dels via praksis. I relation til den skatteretlige regulering vil en ændring i den regnskabsretlige regulering resultere i en problematik, der kan koncentreret

om, hvorvidt den skatteretlige regulering er bundet til den regnskabsretlige regulering, der eksisterede på det tidspunkt, hvor koblingen mellem de to indkomstopgørelser blev skabt, eller om den skal følge den regnskabsretlige udvikling.

Et eksempel, der kan illustrere denne problemstilling, findes i Landsskatterettens kendelse i TfS 2000.1018(LSR).

Et selskab havde i skatteåret 1994/95 værdiansat sit varelager til fremstillingsprisen, som var opgjort til de direkte produktionsomkostninger. I skatteårene 1995/96 og 1996/97 havde selskabet aktiveret såvel de direkte som de indirekte produktionsomkostninger ved værdiansættelsen af varelageret. For indkomstårene 1996 og 1997 var der igen alene sket aktivering af de direkte produktionsomkostninger.

Skattemyndighederne havde ikke accepteret, at selskabet på denne måde skiftede mellem at opgøre den af varelagerloven hjemlede fremstillingspris med og uden indregning af de indirekte produktionsomkostninger. I Landsskatterettens kendelse blev det anført, at:

»Varelagerloven gav imidlertid ikke nogen definition på de nævnte opgørelsesmåder, og loven afgrænsede ikke positivt, hvilke udgifter der kunne eller skulle medregnes til henholdsvis dagspris, indkøbspris og fremstillingspris. Afgørelsen af, hvilke udgifter der kunne eller skulle medregnes ved anvendelsen af de i varelagerlovens § 1 hjemlede opgørelsesmåder, måtte derfor, i det omfang varelagerloven ikke gav svar herpå, ske ud fra de almindelige regnskabsregler, jf. også varelagerlovens § 6. Landsskatteretten bemærkede i fortsættelse heraf, at varelagerloven var tavs i spørgsmålet om, hvilke udgifter der kunne eller skulle medregnes til fremstillingsprisen, hvorfor dette således måtte afgøres ud fra de almindelige regnskabsregler. Af årsregnskabsloven § 32 fremgik, at fremstillingsprisen skulle opgøres på baggrund af de direkte produktionsomkostninger, og at der herudover var mulighed for, efter eget valg, at medregne de indirekte produktionsomkostninger. Landsskatteretten fandt, at det på denne baggrund må lægges til grund, at den erhvervsdrivende ved opgørelsen af varelageret til fremstillingspris efter varelagerlovens § 1 havde adgang til, efter eget valg, at opgøre denne med eller uden tillæg af indirekte produktionsomkostninger.«

Landsskatteretten argumenterede således for, at når varelagerloven ikke indeholdt nærmere bestemmelser om opgørelsen af en vares fremstillingspris, skulle problemstillingen løses i overensstemmelse med den regnskabsretlige regulering. Og da denne anviste en valgfrihed med hensyn til aktivering af de indirekte produktionsomkostninger ved værdiansættelsen af varelageret, skulle denne valgfrihed også gælde ved værdiansættelsen af varelageret til brug for opgørelsen af den skattepligtige indkomst.<sup>29</sup> Til trods for, at jeg finder, at kendelsen næppe er udtryk for gældende ret, vil jeg anvende dens resultat til

<sup>29</sup> Jeg har i min Ph.D.-afhandling Skatteretlig periodisering kritiseret denne kendelse dels for dens henvisning til den regnskabsretlige regulering, dels for dens fortolkning af de regnskabsretlige bestemmelser om valgfrihed, og jeg henviser derfor til kap. 6, afsnit 2.4 i min afhandling omkring dette forhold.

at illustrere problemstillingen omkring ændringen af den regnskabsretlige regulering.

Som nævnt i afsnit 0 blev der i 2001 vedtaget en ny årsregnskabslov i Danmark, som også indeholder retningslinier for værdiansættelsen af varelageret. Det fremgår således af § 82, at virksomheder i regnskabsklasse C og D skal:

»...indregne de produktionsomkostninger, der indirekte kan henføres til det pågældende produkt, hvis omkostningerne vedrører fremstillingsperioden.«

Virksomheder i regnskabsklasse B skal ifølge bestemmelsen i § 44 værdiansætte varelageret til kostprisen, som omfatter de omkostninger, der er foranlediget af anskaffelsen, eller som direkte kan henføres til det fremstillede aktiv. De er ikke forpligtigede til at indregne de indirekte produktionsomkostninger, men kan vælge dette jævnfør bestemmelsen i § 7 om, at regnskabsklasse B som minimum skal anvende bestemmelserne i §§ 22–77. For virksomheder i regnskabsklasse A gælder som minimum bestemmelserne i §§ 18–21, hvor det alene fremgår, at der skal anvendes almindeligt anerkendte retningslinier, men hvor der også er mulighed for at anvende bestemmelsen i § 82. Det vil sige, at virksomheder i regnskabsklasse C og D *skal* indregne de indirekte produktionsomkostninger, mens virksomheder i regnskabsklasse A og B *kan* indregne de indirekte produktionsomkostninger.

Denne ændring i den regnskabsretlige regulering for virksomheder i regnskabsklasse C og D fra en valgfrihed til en pligt til at indregne de indirekte produktionsomkostninger giver anledning til en overvejelse om, hvorvidt Landsskatterettens kendelse og Ligningsvejledningens formulering om valgfrihed får karakter af retshistorie? Og betyder de forskellige regnskabsretlige krav til henholdsvis regnskabsklasse A, B, C og D, at de også i skatteretten skal behandles forskelligt? I så fald vil en regnskabsretlig sortering af erhvervsdrivende fysiske personer og selskaber i kategorierne A, B, C og D blive tillagt betydning i skatteretlig sammenhæng, selv om der er tale om en regnskabsretlig begrebsdannelse, der er foretaget af regnskabsretlige hensyn. Disse forhold er næppe indgået i Landsskatterettens overvejelser, men er eksempler på de konsekvenser, som en sammenkobling af de regnskabs- og skatteretlige bestemmelser kan have. Og derfor er det efter min opfattelse nødvendigt at overveje spørgsmålet om en ensartet begrebsanvendelse nærmere i forbindelse med overvejelserne om at lade et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag tage udgangspunkt i et koncernregnskab, der er udarbejdet i overensstemmelse med de internationale regnskabsstandarder.

#### **4. Sammenfatning**

Det blev indledningsvist anført, at det ikke var ønsket med denne artikel at vurdere hensigtsmæssigheden i, at der på EU-niveau skabes et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag, men derimod at fremhæve nogle af de problemstillinger, som efter min opfattelse vil være resultatet af, at et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag tager udgangspunkt i de internationale regnskabsstandarder. Det blev ligeledes indledningsvist fremhævet, at der ikke i dansk ret eksisterer en kobling mellem den skatte- og regnskabsretlige indkomstopgørelse, og at overvejelserne derfor ud fra en overordnet betragtning er »revolutionerende« set i et dansk perspektiv.

Udover denne helt overordnede ændring, som en overgang til at lade skatteregnskabet (i hvert fald det fælles konsoliderede) være baseret på de internationale regnskabsstandarder, vil betyde i relation til dansk ret, er der i artiklen peget på, at overgangen i øvrigt ikke vil være problemfri. De emneområder, som jeg har behandlet, viser således, at der vil være behov for en række overvejelser om, hvordan et sådant samspil skal udformes, og i hvilken udstrækning, der skal gælde skatteretlige undtagelser til den regnskabsretlige regulering. Og i den relation mener jeg, at en helt overordnet problemstilling udgøres af det forhold, at den regnskabsretlige indkomstopfattelse i henhold til de internationale regnskabsstandarder er værdibaseret, mens den skatteretlige traditionelt har været transaktionsbaseret. Det er min opfattelse, at man i skatteretlig sammenhæng skal fastholde en transaktionsbaseret indkomstopfattelse, hvor der lægges vægt på, at transaktionen er gennemført, og indkomsten realiseret. Og det betyder, at det vil være nødvendigt med en række skatteretlige særbestemmelser på de områder, hvor de internationale regnskabsstandarder ikke sikrer dette.

Samtidig vil der også, som jeg har påpeget i min artikel, være behov for særlige overvejelser om værdiansættelse, begrebsanvendelse og spørgsmålet om i hvilket omfang den skatteretlige regulering skal følge udviklingen i den regnskabsretlige. Set i et dansk perspektiv vurderer jeg derfor, at det vil være nødvendigt med en række reguleringer i forhold til de internationale regnskabsstandarder med henblik på at sikre et brugbart grundlag for et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag.

Hvis et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag skal opgøres med udgangspunkt i de internationale regnskabsstandarder, er det derfor min opfattelse, at de alene kan udgøre et udgangspunkt – et forhold, der også berøres i et høringspapir fra Kommissionen, hvor det indledningsvist anføres, at:

»It is clear that IAS Accounts would represent at the most a starting point for arriving at a tax base and not the tax base itself. Given the scale of adjustments which would be required



it is questionable whether or not using IAS accounts as a starting point would be the most efficient way forward to establishing a common tax base.«<sup>30</sup>

Disse overvejelser har givet anledning til, at der er stillet en række spørgsmål i høringspapiret, der skal bidrage til at analysere egnetheden af de internationale regnskabsstandarder. Af svarene på disse spørgsmål fremgår det blandt andet, at mange har svaret, at det vil være hensigtsmæssigt med yderligere forskning i forskellene på de internationale regnskabsstandarder og de enkelte medlemsstaters skatteregler.<sup>31</sup>

Dette synspunkt kan jeg tilslutte mig, da jeg mener, at en kobling af et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag til de internationale regnskabsstandarder, kræver en række grundlæggende overvejelser om egnetheden heraf og behovet for egne skatteretlige særbestemmelser. Og det giver efter min mening også anledning til at overveje, om det ikke vil være fordelagtigt at skabe egne skatteretlige rammer for et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag, der tager udgangspunkt i skatteretlige overvejelser om, hvad et sådant beregningsgrundlag skal sikre.

Det er derfor min opfattelse, at de internationale regnskabsstandarder ikke udgør et »columbus-æg« i forhold til problematikken vedrørende opgørelsen af et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag. Såfremt overvejelserne om et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag gennemføres, vil det være hensigtsmæssigt, at rammerne for et skatteretligt beregningsgrundlag er udarbejdet i overensstemmelse med skatteretlige principper. De bør derfor skabes og formuleres i skatteretligt regi.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Consultation Document, *The application of International Accounting Standards (IAS) in 2005 and the implications for the introduction of a consolidated tax base for companies' EU-wide activities*, s. 3

<sup>31</sup> Summary Report on the results of the DG Taxation and Customs Union open consultation on *The application of International Accounting Standards (IAS) in 2005 and the implications for the introduction of a consolidated tax base for companies' EU-wide activities*, s. 1

<sup>32</sup> Af hørings svarene fremgår det således også, at et flertal har peget på, at behovet for reguleringer i forhold til IAS-standarderne vil være så væsentligt, at der ikke vil være nogen fordel i at tage udgangspunkt i et koncernregnskab, der er udarbejdet i overensstemmelse med de internationale regnskabsstandarder. Se Summary Report, s. 5 – 6.

# Force Majeure - Excluding Liability for the Breach of Contract in Latvia and Europe

af

*Janis Karklins*

## **1. Introduction**

Although persons, who conclude a contract, always expect that the contract will be performed and that they will get all benefit from it, there are situations possible in which the contract can not be performed. One of such situations is when contract is not performed because of the action of one aggrieved party (subjective aspect), or another situation is, when contract is not performed because of some objective circumstances.

If in the case of subjective aspect the non-performing party is liable for the non-performance of the contract, then in case of objective circumstances there is a doctrine in the law science in conformity with which none of the parties is liable for the non-performance of the contract irrespective of which party bears the risk on the loss. However, there should be particular circumstances allowing the party to refer to this doctrine and to stop performing its obligations assumed under the contract.

Seeing it from the historical point of view, one may draw a conclusion that the *rebus sic stantibus* clause was not included in the Roman Rights, but the substantiation of it was found by the lawyer Afrikan (L.38.pr.D. de Solution; Ius et libertionibus 46.3), who pointed out that if someone gets a promise that something will be given to him, it would be right to decide, that the third persons have to pay him, when the latter would be in the same state as he was when the stipulation (conclusion of the contract) happened.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> J.Grīns. Clausula rebus sic stantibus vispārīgās un mūsu civiltiesībās. Valters un Rapa, Rīga, 1935, 10.lpp.

### *1.2. Stating Criteria and Legal Consequences of the Circumstance Excluding Liability for the Breach of Contract*

Traditionally Anglo-Saxon law denied that the impossibility to perform the contract excludes the liability of both parties.<sup>2</sup> For a long while law of England kept to the principles that the contractor is bound by the concluded contract, and that he has to account for all consequences irrespective of change of circumstances unless the party has not refused from such a liability. It was the so-called “absolute” understanding of the contract law, which did not release the contractor from the liability, whatever the circumstances may be.<sup>3</sup>

Changes in the Anglo-American doctrine occurred already in 18<sup>th</sup> century, when the English law scientists L. Leiser stated that obligations are excluded, when the conditions notably change.<sup>4</sup> However, the changes in the court practice occurred only in 19<sup>th</sup> century, when in the case *Taylor v. Caldwell* the court decided that the party is not liable for the non-performance of the contractual obligations<sup>5</sup> although such clause was not included in the contract. Sitting on the judgment of this case the court created a new doctrine – frustration of contract.<sup>6</sup> A precondition to realize this doctrine is “a radical change of circumstances” or *rebus sic stantibus*. In the law theory three cases are set out when the frustration of the contract can be stated:

1. there are such circumstances when it is impossible to perform the contract without the breach of the contract by both parties;

<sup>2</sup> The source of this idea is case. *Paradine v. Jane* of 17<sup>th</sup> century, where the renter was liable for the non-performance, although he could not rent his land because the army had settled down on it (so called theory of change of circumstances foreseen). The judge motivated his decision as follows: If one person has assumed obligations under the contract, these obligations are to be performed, as it had the right to include in the contract conditions when it can not be made responsible for the non-performance of the contract. A.Taylor von Mehren. J.R.Gordley. The civil law system. 2<sup>nd</sup> edition. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, Law book, Dinision, 1977, p. 1099. See also: A.Bitāns. Civiltiesiskā atbildība un tās veidi. Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 105.lpp.

<sup>3</sup> А.С.Комаров. Ответственность в коммерческом обороте. Москва. Юридическая литература, 1991, с. 58, (transalation of the book – А.С.Комаров. Liability in comercial transactions. Moscow. Legal litarature, 1991, p.58).

<sup>4</sup> J.Grīns. Clausula rebus sic stantibus vispārīgās un mūsu civiltiesībās. Valters un Rapa, Rīga, 1935, 11.lpp.

<sup>5</sup> The case was following: there was a contract concluded after one month time the renter will rent a concert hall, but during this month the concert hall burned down. В.Ансон. Договорное право. Юридическая литература.Москва. 1984, с. 309, (transalation of the book – V.Anson. Contract Law. Moscow. Legal litarature, 1984, p.309).

<sup>6</sup> J.N.Adams. P.S.Antiyah. The sale of goods. Ninth Edition. Pitman Publishing, London, 1995, p. 300.

2. because of the change of circumstances the nature of the contract is changed so notably, that the further non-performance should be considered to be justifiable;
3. changes in the law regulation.<sup>7</sup>

Consequently, the basis of contract frustration doctrine in all cases is an objective situation the parties could not have influenced, so, if such a circumstance does not exist, the party could not withdraw from its liability motivating it with the contract frustration doctrine.

Since 19<sup>th</sup> century the Courts of England and of the USA have been trying to formulate, in which situation an unforeseeable event in future releases the parties from performance of their obligations and along with it also from liability. At first they developed two doctrines. The first one was based on the doctrine worked out on the basis of German laws, in conformity with which the person was released from the liability, if the non-performance had been objectively impossible, the second approach in its turn was worked out in the framework of the Anglo-American law theory and according to this theory the non-performance of the contract does not release the person from the liability, unless:

- if essential nature of the object's performance has been destroyed;<sup>8</sup>
- if the person who has assumed an obligation that performances are very personal, deceases;
- if the performance becomes impossible due to the changes in laws.<sup>9</sup>  
In course of time two more exceptions joined the doctrine:
- if the performance is physically possible, but has become excessively onerous;
- if the performance is still possible but the meaning of one of the parties performance is lost.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> С.Комаров. Ответственность в коммерческом обороте. Москва. Юридическая литература, 1991, сс. 59. - 61.

<sup>8</sup> For example the already considered Taylor v. Caldwell case. See also: A.Bitāns. Civiltiesiskā atbildība un tās veidi. Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 104. – 105.lpp.

<sup>9</sup> See: Kinsam v. Fisk, 37 A.D. 443, 56 N.Y.S. 22 (1899). A.Taylor von Mehren. J.R.Gordley. The civil law system. 2<sup>nd</sup> edition. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, Law book, Dinision, 1977, 1100.lpp., kā arī Restatement of the law second. Contracts. Volume 2. §§ 178 – 315. As adopted and Promulgated by The American Law Institute ar Washington, D.C. St. Paul. Minnesota, 1981, p. 617.

<sup>10</sup> A.Taylor von Mehren. J.R.Gordley. The civil law system. 2<sup>nd</sup> edition. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, Law book, Dinision, 1977, p. 1101.

The last two exceptions are treated by the USA Restatement of the Law Second on Contracts<sup>11</sup> as an example of physical impossibility when the performance becomes impracticable. Thus the USA distinguished in the non-performance between two cases:

- natural impossibility;
- impossibility in fact.<sup>12</sup>

Both cases can be referred to the *force majeure*, which means that the contract is terminated.

As the features of impossibility are mentioned by the USA Restatement of the Law Second circumstances, when the performance of the contract is excessively and unforeseeable onerous, expensive and create great losses. A similar approach can be found also in the Uniform Commercial Code of the USA, namely, in conformity with § 2-615(a) the person can be released from the responsibility when the performance has become impossible due to circumstances the person could not have reasonably foreseen, and the nonexistence of these circumstances was the essential nature due to which the parties have entered into legal relationships. However, interpreting this article the USA Restatement of the Law Second on Contracts instructs that the rise in price creating losses for the other party, could not be considered to be a circumstance releasing from the liability unless the price has not been the essential nature of the performance.<sup>13</sup> The same opinion is expressed also by the law scientist K. Abbott<sup>14</sup>, who maintains that the rise in price is not an objectively unforeseeable circumstance.

Consequently, in the countries representing Anglo-American law, if any circumstances mentioned in contract frustration doctrine set in:

<sup>11</sup> Restatement of the law second. Contracts. Volume 2. §§ 178 – 315. As adopted and Promulgated by The American Law Institute ar Washington, D.C. St. Paul. Minnesota, 1981, p. 162.

<sup>12</sup> bid. pp. 616. - 617.

<sup>13</sup> estatement of the law second. Contracts. Volume 2. §§ 178 – 315. As adopted and Promulgated by The American Law Institute ar Washington, D.C. St. Paul. Minnesota, 1981, p. 162., comment 4.

<sup>14</sup> K.Abbott, N.Pendlebury. Business law. 6<sup>th</sup> edition. DP Publications Ltd. Aldine Place, London, 1993, p. 431.

1. the contract is terminated immediately and automatically;
2. the parties are released from every further performance of obligations.<sup>15</sup>

But the doctrine does not work (although there exists some of the circumstances mentioned above), if:

- the parties have assumed the risk of fortuitous events;
- if the frustration is self-induced by one of the parties.<sup>16</sup>

In contradiction to the Anglo-American law countries, in France they have traditionally worked the so called *force majeure* doctrine in the framework of which their work *cause étrangère* and *cas fortuit* doctrines.<sup>17</sup> In both of these doctrines the element of fault is considered to be the main question to decide, whether the person can be released from the responsibility or not.

However, historically the clause was not approved in France. It was connected with the natural school of law maintaining that this clause interferes both with the law system and with economical life, in order to be challenged by each contract.<sup>18</sup> This opinion was changed only by World War I, when the so-called *Loi faillot* principle was adopted, determining that on the subject of commercial transactions concluded before August 1<sup>st</sup>, 1914, the contracting parties are entitled to withhold the performance of the contract or to terminate it, if they are able to prove that later the performance of the obligation will have no sense. An opinion similar to the opinion of the French existed in Russia. Article 92 of Part 2 of the Civil Code draft of 1899 determined that the change of circumstances was even so important that the contracting parties would not have entered into the contract, if they had known about it, in conformity with the general law can not serve as a basis to terminate the contract.<sup>19</sup>

In conformity with the *force majeure* doctrine, a person should be released from the responsibility unless he can not be blamed in causing the unforesee-

<sup>15</sup> M.Furmston. Sale & Supply of goods. Corporate & Commercial law series. The University of Bristol. Cavendish Publishing Limited, London, 1994, p. 89.

<sup>16</sup> K.Abbott, N.Pendlebury. Business law. 6<sup>th</sup> edition. DP Publications Ltd. Aldine Place, London, 1993, p. 431.

<sup>17</sup> A.Taylor von Mehren. J.R.Gordley. The civil law system. 2<sup>nd</sup> edition. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, Law book, Dinision, 1977, p. 1048.

<sup>18</sup> J.Grīns. Clausula rebus sic stantibus vispārīgās un mūsu civiltiesībās. Valters un Rapa, Rīga, 1935, 12.lpp.

<sup>19</sup> bid. 13.lpp.

able event (objective element), but in conformity with *cause étrangère* and *cas fortuit* doctrines the person is not obliged to perform the obligation, if the event makes the performance impossible. According to the law scientist L. Larombiere<sup>20</sup>, when Articles 1147 and 1148 of the Civil Code of France are combined, one can conclude that *force majeure* is an alien event (*cause étrangère*), which can not be incriminated or an accident (*cas fortuit*) one can not avoid. Consequently, laws of France understand under the conception *force majeure* both an overpowering situation and an accident.<sup>21</sup>

In conformity with laws of France *force majeure* can be caused both by the nature and by human actions. Besides, it is very important to find out, whether this *force majeure* was not possible to prevent<sup>22</sup> (*impossibilium nulla est obligatio* principle of Roman Rights). Article 1773 of the Civil Code of France says that there are cases, that are possible to foresee, and some that are not. For example, snow, rain, hail etc. are foreseeable, taking into account human experience and peculiarities of each season. For this reason, according to Larombiere, one can not refer to such *force majeure*.

Consequently, in conformity with the *force majeure* doctrine a person is released from responsibility:

1. if the *force majeure* could not have been objectively foreseen and had not existed at the time the contract was concluded;
2. if the *force majeure* is not caused by the action or inaction of one of the contracting parties;
3. if the parties have not assumed the risk of fortuitous events.

Consequences are the same as in the countries of Anglo-American law system (see above).

However, the French *force majeure* conception is narrower. The Court of Appeal of France accentuates that the *force majeure* can be referred to only as the cases that make the performance of the contract impossible and not only

<sup>20</sup> A. Taylor von Mehren. J.R.Gordley. The civil law system. 2<sup>nd</sup> edition. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, Law book, Dinision, 1977, p. 1048.lpp. Original source: L.Larombiere. Theorie et pratique des obligations. Edition 2, 1885, 10. – 11.

<sup>21</sup> A similar opinion also in: A.Bitāns. Civiltiesiskā atbildība un tās veidi. Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 107.lpp., however, the author supposes a little bit imprecisely, that *force majeure* may manifest itself as an overpowering event and power, although it would be more precise - that *force majeure* manifests itself as an overpowering event and as an accident

<sup>22</sup> If the consequences of *force majeure* are possible to eliminate then it doesn't serve as a basis to release the person from civil liability. A.Bitāns. Civiltiesiskā atbildība un tās veidi. Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 108.lpp.

inconvenience. In the court practice doctrines of change of circumstances, of impossibility of economical performance, dismiss of the base of the contract or dismiss of the enterprise's business activity are not applicable.<sup>23</sup>

In the German law system the question of entry of unforeseeable events and their influence upon the contract is highly developed, and for this reason German law has notably influenced law systems of other countries.<sup>24</sup>

In conformity with the BGB impossibility of performance is divided into:

1. initial impossibility<sup>25</sup> (*anfängliches Unmöglichkeit*);<sup>26</sup>
2. posterior impossibility<sup>27</sup> (*nachträgliche Unmöglichkeit*)<sup>28</sup>.

Under initial impossibility one should understand an impossibility that has existed already before the conclusion of the contract, under posterior impossibility – impossibility created after the contract had been concluded. The consequences of the non-performance in this case depend on the classification of the impossibility:

1. objective initial impossibility (*objektive ursprüngliche Unmöglichkeit*),
2. subjective initial impossibility (*subjektive ursprüngliche Unmöglichkeit*).<sup>29</sup>

In the first case the performance is impossible not only for one of the contracting parties but also for every other person, in the second case the non-performance has a subjective character.<sup>30</sup> § 306 of the BGB states: if the performance is impossible due to objective initial impossibility, the contract is invalid since the moment of conclusion, but if the impossibility of perform-

<sup>23</sup> A.Bitāns. Civiltiesiskā atbildība un tās veidi. Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 107.lpp.

<sup>24</sup> A.Taylor von Mehren. J.R.Gordley. The civil law system. 2<sup>nd</sup> edition. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, Law book, Dinision, 1977, p. 1066.lpp.

<sup>25</sup> rticle 4:102 of PECL provides for the initial impossibility, too.

<sup>26</sup> Compare also Articles 1413, 1414, 1415, 1417, 1543 and 1544 of the Latvian CL.

<sup>27</sup> Compare Article 1418 of the Latvian CL.

<sup>28</sup> G.Dannenman. An introduction to German Civil and Commercial law. British Institute of International and Comparative law. Bell&Bain ltd. London, 1993, p. 27.

<sup>29</sup> G.Bernzen, F.Dietrich. Grundlage des Privatrechts. Fallorientierte Einführung. Die deutsche Bibliothek – CIP – Einheitsaufnahme. München, 1996, S. 57.

<sup>30</sup> A.Wieacker. Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht. Festschrift Hipperdey, Volume 1, 1965, S. 783.



ance is caused by initial inability (*anfängliches Unvermögen*) the aggrieved party is entitled to damages.<sup>31</sup>

The German law system<sup>32</sup> just as the Anglo-American law system distinguishes three cases of objective initial impossibility:

1. the object to sell does not exist;<sup>33</sup>
2. the performance is legally impossible;
3. the continuation of the performance becomes economically excessively onerous.

Consequently, in England and Germany unlike in France one of the cases of *force majeure* is considered to be the economically onerous character of further performance. However, as it was mentioned above, such economical burden can not be referred to all cases, for example, change in price of the sales contract. This coincides also with the clause strictly observed in Germany that the corresponding circumstances should be with attendant nature for the debtor.<sup>34</sup>

Considering what was mentioned above and seeing various *force majeure* theories developing,<sup>35</sup> we can conclude that in all law systems, which were

<sup>31</sup> G.Dannenman. An introduction to German Civil and Commercial law. British Institute of International and Comparative law. Bell&Bain ltd. London, 1993, p. 405.

<sup>32</sup> G.Bernzen, F.Dietrich. Grundlage des Privatrechts. Fallorientierte Einführung. Die deutsche Bibliothek – CIP – Einheitsaufnahme. München, 1996, S. 57.

<sup>33</sup> Under this one should understand that the sales object has been lost and don't exist after the conclusion of the contract. In opposite case it would be subjective impossibility.

<sup>34</sup> W.Methfessel, A.Kohlhammer. Rechtswissenschaft. Vertragsrecht. Studienbücher. Buch 1, Allgemeine Grundlagen. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1977, S. 218.

<sup>35</sup> There exist 10 *force majeure* theories: 1) Reservation theory – the contracting parties envisage already before *force majeure* circumstances; 2) Windstein's theory – similar to the Reservation theory, except the basic element is the motive of the parties (subjectivity); 3) theory of the ground of transaction – concluding the contract, the parties have some ideas on the aim of the contract, if this aim is lost, automatically also the transaction has no sense anymore; 4) theory of the aim of the contract – if the aim becomes impossible to reach, the parties have rights to withdraw from it; 5) theory of the risk of the contract – the party is being presumptively burdened with some risk, when the circumstances change, i.e. the risk sets in, a clause is applied; 6) Schtahl's and Krikman's balance theory – the theory is based on objectivity, but if the balance between performance and counter-performance is disturbed, a clause is applied; 7) theory of the civil uncalculability – difficulty going beyond the obligation, i.e. if it is impossible to perform an obligation in good-faith, one can withdraw from the contract; 8) theory of just verdict – the court decides whether the appliance of the clause is fair and reasonable or not; 9) theory of change of obligation – the performance is impossible if it is recognized by the law

described, *force majeure* sets in and the parties are released from the responsibility if:

1. the circumstances created are objective and none of the contracting parties have influenced them;
2. circumstances have set in the time period between the conclusion of the contract and the performance;
3. the parties have not assumed the risk of fortuitous events

Consequences in all law systems are the same – the contract is considered to be practically terminated and none of the parties are entitled to any claim.

Seeing it from the historical point of view, one has to say that in the beginning this opinion was not unambiguous at all. For example, the court of England in the case *Chandler v. Webster (1904)*<sup>36</sup> decided that the contract is considered to be terminated only pertaining to further actions, but, what concerns previous actions and remedies valid before the *force majeure* sets in, become invalid. This opinion was changed in 1943 in case *Fibros*, where the verdict of the court said that, when *force majeure* sets in, the relationships of the parties concerning the acts performed before are to be governed in conformity with quasi-contractual relationships and the person, who has disposed something to another person, has he right, to claim it back.<sup>37</sup> However, according to the English law scientists A. Taylor von Mehren, this right is lost, if both parties do a partial performance. For example, if the seller has delivered the goods to the purchaser but has not received payment yet and then the *force majeure* sets in, then in conformity with quasi-contractual relationships, the purchaser would be liable to pay for the delivered goods. But if the seller

---

that the it is impossible to perform the contract without performing an unlawful act by one of the parties (*non haec in feodora veni*); 10) *force majeure* theory – *force majeure* sets in if was impossible to foresee. J.Grīns. *Clausula rebus sic stantibus vispārīgās un mūsu civiltiesībās*. Valters un Rapa, Rīga, 1935, 18.lpp; E.Schtahl. *Die sogenannte clausula rebus sic stantibus im BGB*. Berlin, 1909, S. 53.; *Kontrhierungszwang und diktiert Vertrag*. Jena, 1920, S. 104.lpp.; A.Bitāns. *Civiltiesiskā atbildība un tās veidi*. Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 106.lpp.

<sup>36</sup> A.Taylor von Mehren. J.R.Gordley. *The civil law system*. 2<sup>nd</sup> edition. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, Law book, Dinision, 1977, p. 1102.

<sup>37</sup> In this particular case the purchaser was entitled to claim the return of the advance payment for *force majeure* had set in – World War II. The court decided that the seller isn't entitled to keep even a part of the advance payment, although the seller could prove that apart of this money had been spent for the performance of the contract. A.Taylor von Mehren. J.R.Gordley. *The civil law system*. 2<sup>nd</sup> edition. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, Law book, Dinision, 1977, p. 1102.

had delivered just a part of goods and the purchaser had done a partial payment, none of the contracting parties would be entitled to claim the return of the delivered goods or money paid.

In case of *force majeure* two principles come into collision:

1. each contract has to be performed, and
2. the debtor can not be blamed for non-performance if the performance is impossible.

The best solution of this conflict one can find in the Anglo-American law system, where the principle of direct liability for non-performance dominates, i.e. there are just particular cases when the non-performance is excused.<sup>38</sup> For example, as it is said in the USA Restatement of Law Second on Contracts, in case a person at the time of the conclusion of the contract has known that the other party will not be able to fulfill his promise or to ensure performance of the contract, this person will not be entitled to refer hereafter to the clause.<sup>39</sup>

According to J. Grins<sup>40</sup> the features providing for the appliance of the *force majeure* clause are following:

1. this is a corrective in the law of obligations and regulates exceptions;
2. refers to full-fledged contracts;
3. refers to change of circumstances happening in the time period between the moment of the conclusion of the contract and performance;
4. the clause should be declared in the law.

In Germany and in Latvia the clause works only in particular cases, i.e. the clause is not a general provision. Article 1587 of the CL of Latvia provides for the *pacta sunt servanda* principle, however, it does not mean that in conformity with the Latvian law the parties are released from the obligation to perform the contract due to objective conditions. Article 1589 of the CL of Latvia sets that an unilateral withdrawal from the contract is possible, if it is based on the nature of the contract or when under particular circumstances it

<sup>38</sup> P.Raja. Unexpected events affecting the performance of the contract. Petsch, Frosch&Klein, Vienna, Austria, 1997, p. 2.

<sup>39</sup> Restatement of the law second. Contracts. Volume 2. §§ 178 – 315. As adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington, D.C. St. Paul. Minnesota, 1981, pp. 650. - 651.

<sup>40</sup> J.Grīns. Clausula rebus sic stantibus vispārīgās un mūsu civiltiesībās. Valters un Rapa, Rīga, 1935, 9.lpp.

is permitted by the law, or the parties have agreed on such right in their contract.

The conception “when it under particular circumstances is permitted by the law“ is the element of the *rebus sic stantibus* clause allowing to withdraw under particular circumstances unilaterally from the contract.

Latvian law, just as German law, distinguishes on the subject of *force majeure* the subjective and the objective element (Article 1543 of the CL). The CL of Latvia treats fortuity or *force majeure* as an objective circumstance releasing the debtor from the performance of contractual liabilities (Articles 1657, 1774, 2147 of the CL) and from the obligation to compensate for damages (Articles 1773 – 1775, 1998, 2220, 2233 of the CL),<sup>41</sup> however, the CL, just as the German BGB, does not provide for a strict *force majeure* definition, although in the Latvian CL there is included a flexible approach to this question.<sup>42</sup>

Taking into account the regulation of the Latvian CL, *force majeure* sets in, if the impossibility of performance is caused by some fortuitous event. On the subject of this feature it is possible to classify cases of objective impossibility strictly determined by both the English and German law systems:

1. the object of the contract is lost due to reasons that do not depend on the debtor and third persons;
2. the performance of the subject-matter of the contract is impossible due to the changes of the law;
3. the subject-matter of performance is personal.

As it was concluded already before, we can not mention the termination of the contract due to excessive losses (*laesio enormis*) as the fourth feature<sup>43</sup> wherewith it is impossible to join the opinion of J. Grins, that *rebus sic stantibus* clause is included in Article 2042 of the CL.

However, to be able to refer to one of the circumstances mentioned above, a following totality of features is necessary:  
the circumstances were not known at the time of the conclusion of the contract;

<sup>41</sup> A.Bitāns. Civiltiesiskā atbildība un tās veidi. Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 109.lpp.

<sup>42</sup> K.Torgans. Latvian Contract Law and the EU. Juridica International. Law review University of Tartu. Estonian Civil Code in European private Law Context. Nr.6, 2001, 41.lpp.

<sup>43</sup> K.Erdman. System des Privatrechts der Ostseeprovinzen. Liv -, Est - und Kurland. Vierter Band. Obligationsrecht. A.Kummel's Verlag, Riga, 1894, S. 320.

1. non of the contracting parties can be found faulty for causing the circumstances;
2. the circumstances are impossible to prevent;<sup>44</sup>
3. the parties have not assumed the risk of fortuitous events.

A similar approach is included also in the new Civil Law of the Netherlands.<sup>45</sup> It is stated there that *force majeure* is the termination of the contract that is not caused because of the debtors fault, besides – the existence of fault can not be referred to the cases when the debtor has acted within the framework of the law and rules.

Analyzing Principles of European Contract Law (PECL) regulation, one can not find a regulation on the subject of *force majeure* there, however, one can find in PECL the conception *excuse due to an impediment*. Article 8:108 of PECL determines:

A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.

The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss from the non-receipt of such notice.

Thus in PECL three preconditions are included that are necessary to state in order to find the non-performance excused.

#### *1.2.1. An impediment beyond one's control*

In conformity with this feature the debtor assumes the risk on his acts and their consequences, consequently the debtor will not be able to refer to this feature in case his equipment goes wrong although he could not have foreseen it. Similarly the debtor will not be able to resort to this feature, if the impediment has been caused by third persons subordinated to the debtor.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> A.Bitāns. Civiltiesiskā atbildība un tās veidi. Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 109.lpp.

<sup>45</sup> Internet. // [www.library.uu.nl/uulhome/database/juris/nedrecht\\_e.htm](http://www.library.uu.nl/uulhome/database/juris/nedrecht_e.htm).

<sup>46</sup> Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised. Prepared by The Commission of Contract Law Chairman: Professor Ole Lando. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000, p. 380.

Moreover, it does not matter whether these persons have acted within the framework of the exercise of their authority, i.e. unlawful actions of third persons subordinated to the debtor, is not considered to be an event that is beyond the debtor's control. However, PECL does not explain whether the mentioned feature can be applied in case the debtor can not fulfill his obligations due to *force majeure* that has set in for the entrepreneur hired by the debtor. Following the assumption that the entrepreneur is a person subordinated to the debtor, in case the entrepreneur acts unlawfully, i.e. the fact of fault can be established in his acts, it will not be possible for the debtor to refer to that fact, that the non-performance is excused. From this turn follows an opposite conclusion that in case the entrepreneur can not perform his obligations due to *force majeure*, the debtor may refer to the existence of the impediment beyond his control and his non-performance will be excused.

*1.2.2. It could not reasonably have been expected to take the impediment into account*

This feature is based on objective criteria, i.e. it does not matter whether a particular person (the debtor) could have expected the impediment, but whether at the time of the conclusion of the contract this impediment could objectively have been foreseen at all, i.e. whether a normal person<sup>47</sup> being in the same situation as the debtor could have expected this impediment without being excessively pessimistic or optimistic.<sup>48</sup> If the debtor claims that he could not have foreseen the impediment, but the impediment was objectively foreseeable, the debtor will be found fault, that he did not expect the impediment.<sup>49</sup> Speaking of the debtor's foresee ability obligation one has to conclude, that Article 1:305 provides for the foresee ability presumption, determining that the person who is in contract relationships with another person knew or ought to know of the possibility of impediment is considered to be liable for the fact that the impediment was not foreseen, except the person can prove the opposite.

*1.2.3. It is impossible to overcome the impediment*

Foresee ability is connected also with the circumstance that the impediment is impossible to overcome, i.e. if the impediment was impossible to foresee, but

<sup>47</sup> The person in conventional meaning.

<sup>48</sup> Honnold G. Uniform Law for International Sales. 2nd edition. 1995, p. 542.

<sup>49</sup> Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised. Prepared by The Commission of Contract Law Chairman: Professor Ole Lando. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000, p. 380. - 381.

it is possible to overcome it without disturbing the performance of the contract, the parties can not excuse their non-performance referring to this impediment. There is one case, when the non-performance is not excusable even if the impediment has been impossible to foresee and to overcome, i.e. if an insuperable impediment originated after the debtor had delayed the performance. However, if the party can prove, that such impediment would have originated, even if it had performed its obligation in time, the non-performance of the party is excusable.

The fact of existence of the insuperable impediment is established just as the foresee ability of the impediment, basing on existing facts. It is important to add, that while estimating whether the impediment is insuperable or not, one has to be guided only by lawful acts.<sup>50</sup> For example, if the parties enter into contract on the sale of antiquary objects to foreign countries but later this business is forbidden by the state, this impediment should be considered to be insuperable, although in fact the parties could send (i.e. – to overcome impediment) the antiquities via smuggling.

Speaking of legal remedies in case of *force majeure*, one has to conclude that PECL keeps to the position that debtor is released from responsibility. Section 2 of PECL Article 8:101 determines, *where a party's non-performance is excused, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages*. Although in case of *force majeure* the contract is not automatically terminated, the other party may resort to other remedies, for example, withholding performance, termination of the contract a.o. However, what concerns the termination of the contract, PECL provides for the regulation that the party may terminate the contract only if the other party's non-performance is fundamental.<sup>51</sup>

Article 9:303 of PECL envisages an exception, i.e. if the party gives to the non-performing party a notice of termination; this party has a right to terminate the contract even if the non-performance is not fundamental. But if the impediment that has arisen is total and permanent, the contract is terminated automatically and without notice. In this case PECL regulation agrees with the regulation of other European countries stating that in case of *force majeure* the contract is terminated automatically.

<sup>50</sup> Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised. Prepared by The Commission of Contract Law Chairman: Professor Ole Lando. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000,p. 381.

<sup>51</sup> Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised. Prepared by The Commission of Contract Law Chairman: Professor Ole Lando. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000,p. 381.

PECL positions, that in case of *force majeure* the contract is not automatically terminated is connected with the fact, that the impediment may be only temporary (Article 8:108 Section 2).

Speaking of the regulation of Article 8:108 on temporary impediment, an important aspect is that the excuse of the non-performance is valid not only for the time period when the insufferable impediment exists, but also for the time there exist consequences of this impediment making the performance impossible.<sup>52</sup> For example, in case of flood the non-performance is excused not only in the time period when the flood existed, but also in the time period when the party tried to avert the consequences of the flood.

In case the performance of the contract is only partially impossible, the non-performance is excused only respecting this part of the obligation, that was impossible to perform with the existing impediment,<sup>53</sup> and the creditor may resort to any remedies, including performance and damages.<sup>54</sup>

Article 8:108 Section 3 provides for a special regulation when the other party may claim for damages, even in case there has arisen an insufferable impediment that refers to the whole subject-matter of the contract, namely *the non-performing party may ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss from the non-receipt of such notice.* Consequently not the giving of the notice but the receipt of it is set out as a precondition (it agrees also with the Notice regulation of Article 1:303).<sup>55</sup> The clause stating that the third person should be informed about the *force majeure* to give it a chance to prepare duly for the consequences of the non-performance of the contract.<sup>56</sup> If the party does not fulfill this obligation, the other party is entitled to claim the compensation for damages.

<sup>52</sup> Also Articles 1256 of the Italian CC and Article 792 of the CC of Portugal provide for such regulation.

<sup>53</sup> Zweigert, Kötz. An Introduction to Comparative Law. 3rd edition. Wier., 1998, Chapter 36.

<sup>54</sup> Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised. Prepared by The Commission of Contract Law Chairman: Professor Ole Lando. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000, p. 382.

<sup>55</sup> In conformity with Article 1:303 a notices reaches its addressee when it is delivered to it or to its place of business or mailing address or to its habitual residence.

<sup>56</sup> Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised. Prepared by The Commission of Contract Law Chairman: Professor Ole Lando. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000, p. 383.



Considering the whole regulation of Article 8:108 one has to conclude that it is not imperative, i.e. the parties may ignore this clause thus assuming risk of fortuitous events (Article 1774 of the CL). The definition included in Article 8:108 of PECL is similar to the definition of Article 1774 of the CL stating that nobody is liable for fortuitous loss. Consequently, if a fortuitous impediment backs somebody off to perform some obligation, one has to treat it as if performed, unless the party while concluding the contract has not assumed the risk of fortuitous events. However, the CL does not comprise a regulation concerning cases where the *force majeure* is temporary. The CL lacks also a direct regulation concerning the rights the parties have if the performance of the contract is impossible due to insufferable impediment. It is clear that in case of *force majeure* the party is not entitled to damages (Article 1773 of the CL), but may the other party claim the specific performance or the termination of the contract?

In conformity with Article 1588 of the CL one party can not withdraw unilaterally from the contract without the other party's accept even if the latter does not perform it or because of this non-performance. The non-performance mentioned in this article refers both to subjectively and objectively impossible performance. Accordingly, the CL does not provide generally for automatic termination of the contract, if the performance is impossible due to *force majeure*. Article 1589 in its turn says that a unilateral withdrawal from the contract is possible only if it is substantiated by the nature of the contract or if it under particular circumstances is permitted by the law or the parties have agreed on such right while concluding their contract. Inasmuch as it is not set in the law, that in case of *force majeure* the party has rights to withdraw unilaterally from the contract, the party concerned may only ask the court to terminate the contract. Such a claim the party may base on Article 1663 of the CL, which states that in case the creditor because of the debtor's delay is not interested in the performance of the contract anymore, he is entitled to claim the termination. However, to make the appliance of this article possible the creditor has to prove the loss of interest and it is not enough that the creditor proves that the performance is impossible due to *force majeure*. Consequently, the contract does not become invalid after a unilateral notice of the creditor due to the loss of interest – the other party has to approve the termination of the contract, or the issue should be decided by the court.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> LR Civillikuma komentāri. Saistību tiesības (1401.-2400.p.). Prof. K.Torgāna vispārīgā zinātniskā redakcijā. Mans Īpašums. Rīga, 1998, 159.lpp.

The CL provides for an indistinct regulation concerning specific performance in case of *force majeure*. While in PECL Article 8:101 Section 2 says that in case of *force majeure* the party is not entitled to claim performance and damages, the CL determines only that in case of *force majeure* the other party is not entitled to claim the compensation for damages, but nothing is said about the specific performance. Article 1590 of the CL envisages only two cases where the person is not entitled to claim the specific performance: a) if the obligation is bound to the person concluding the contract; or b) if the performance consists in the provision of work, in which special personal abilities or relationships of the contractor are very important. However, the opinion that in conformity with the CL in case of *force majeure* the party is not entitled to damages but has rights to claim the specific performance would be wrong. The precise listing of remedies the person can not resort to in case of *force majeure* included in PECL is connected with the approach that in case of the breach of the contract the party may resort only to remedies set out by the law, while the CL and the law system of Continental Europe believe<sup>58</sup> that violation of rights is followed by liability giving the aggrieved party rights to resort to remedies, if as the result of this violation any losses are or would have been caused to the aggrieved party. The law scientists K. Torgans and E. Bushaw are of similar opinion, saying that in Latvia, for example, the compensation for damages is not classified as one of the remedies but as a form of liability.<sup>59</sup> Consequently, in conformity with the CL it is necessary to state four preconditions for the liability to set in.<sup>60</sup> Insomuch as in case of *force majeure* no unlawful action and no fault can be stated for the person, the aggrieved party can not apply the remedy - specific performance of the obligation against the non-performer. In this comparison clearly manifest the different approaches and also the different regulations of the standards,<sup>61</sup> although the final result is the same. Accordingly, basing on the li-

<sup>58</sup> G.Dannenman. An introduction to German Civil and Commercial law. British Institute of International and Comparative law. Bell&Bain ltd. London, 1993, p. 46.; B.S.Harkesims, W.Lorenz, G.Danneman. The law of contracts and restitution. Volume 1. The German law of obligations. Claredon Press. Oxford, 1997, p. 43.; A.Bitāns. Civiltiesiskā atbildība un tās veidi. Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 49.lpp.;

<sup>59</sup> Torgāns K., Bušova E. Daži līgumtiesību salīdzinošie aspekti kontinentālās Eiropas un precedentu tiesību sistēmās. Tiesību transformācijas problēmas sakarā ar integrāciju Eiropas Savienībā. Starptautiskās konferences materiāli. Latvijas Universitāte, Juridiskā fakultāte. Rīga, 2002, 142.lpp.

<sup>60</sup> Unlawful action, fault, causality and the amount of losses.

<sup>61</sup> Insomuch as the approach of PECL is not based on stating of the liability of the violator, but on the remedies the aggrieved party may resort to, it is logical that the main accent is put on a precise listing of legal remedies, while the Latvian CL doesn't name the reme-

ability theory of the law system of Continental Europe, we can draw a conclusion that in case of *force majeure*, in conformity with the CL of Latvia, the other party is not entitled to claim the specific performance of the obligations.

However, the CL provides for special regulations when in case of *force majeure* the contract is automatically terminated. Such regulation is connected with the posterior impossibility theory (*nachträgliche Unmöglichkeit*) defined in the German law doctrine, where under posterior impossibility one understands the impossibility arisen after the conclusion of the contract.<sup>62</sup> As the case of posterior impossibility in Latvia one should mention the regulation included in Article 1418 of the CL, namely, when the subject-matter of the claim are replaceable things (Article 844) and their amount or quality is not fixed, the transaction in spite of this is valid, if the third person or the court are endowed by the law or private directions with the rights to fix it to their liking and if there is some unfailing mark to be guided while fixing it. But if the third person does not want or can not do it, the transaction is invalid. If the parties agree that in their sales contract the object of the contract will be set by the third person, but this third person after the conclusion of the contract loses his legal capacity or deceases, then in conformity with Article 1418 of the CL the transaction is considered to be invalid. Consequently, the mentioned article provides for a case when due to *force majeure* the transaction is automatically terminated. However, it creates an interesting situation, when the third persons do not want or can not set the object due to the acts of one of the contracting parties. Also in this case, in conformity with the CL, the transaction is considered to be invalid because the CL does not set as an obligatory precondition for the validity of the contract the fact that the third person's choice has to be made independently on contracting parties. Such a regulation may seem in conflict with *force majeure* theory stating that the precondition of *force majeure* is that, it sets in due to circumstances independent on the contracting parties. However, in case the third person refuses to set or can not set the subject-matter of the contract due to some action of one of the contracting parties, in this case the invalidity of the contract is not based on the *force majeure* theory. So we can conclude that Article 1418 of the CL is not contrary to general postulates of the *force majeure* theory. However, the fact that in particular cases Article 1418 of the CL provides for

---

dies but governs cases when the liability sets in. Consequently, the system of the Latvian CL doesn't always need a precise listing of legal remedies in each case that has to be governed.

<sup>62</sup> G. Dannenman. An introduction to German Civil and Commercial law. British Institute of International and Comparative law. Bell&Bain ltd. London, 1993, p. 27.

an automatic termination of the contract, which is an exception of the general regulation of the CL, can't escape one's attention.

### 1.3. Conclusion

Although in the Contract Law of various European countries there exist different doctrines and conceptions releasing contracting parties from liability for non-performance of the contract, the essence and consequences of them all, however, are quite the same – parties are not liable for non-performance if this non-performance is caused by objective, insuperable reasons, that does not depend on any of the parties concerned.

Taking into account the *force majeure* doctrines of the European Contract Law and the recently developed modern contract law documents (PECL, CISG, UNIDROIT), it would be necessary to make amendments of the Latvian Civil Law, including in it a modern *force majeure* doctrine, in case of which the parties are released from further performance of their contractual liabilities.

Although the approach of the CL to the *force majeure* institution is rather flexible,<sup>63</sup> however, there should be a regulation included in the CL, in which cases the impediment should be considered as fortuitous, in which cases the insuperable impediment refers also to the consequences caused by the impediment, as well as it should be set that the party, who has knowledge of the insuperable impediment, is obliged to inform the other party, as well as that, which remedies in case of *force majeure* may the party resort to.

One has to agree with the opinion of A. Bitans<sup>64</sup> that it would be very welcome to supplement the general part of the CL with a section governing the end of obligations, and release from civil liability in case of objective impossibility of performance, taking as a basis Articles 79 and 80 of the UNO Vienna Convention On the International Sale of Goods of 1980. Insomuch as the regulation included in Article 8:108 of the CL is almost identical to the regulation included in the Article 79 of the Vienna Sales Convention<sup>65</sup>, then the modernization of the Contract Law included in the CL could be used also the regulation included in Article 8:108 of PECL.

<sup>63</sup> K.Torgans. Latvian Contract Law and the EU. *Juridica International. Law review University of Tartu. Estonian Civil Code in European private Law Context.* Nr.6, 2001, p. 41.

<sup>64</sup> A..Bitāns. *Civiltiesiskā atbildība un tās veidi.* Izdevniecība AGB, Rīga, 1997, 110. – 111.lpp.

<sup>65</sup> *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised.* Prepared by The Commission of Contract Law Chairman: Professor Ole Lando. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000, p. 384.

# Gælder Grundloven i Danmark?

af

*Pernille Boye Koch*

## 1. Indledning

Grundlovens status som rigets trindhøjeste norm fastholdes til stadighed som udgangspunktet i juridisk litteratur<sup>1</sup> og fremhæves hvert år for de nye jurastuderende ved studiestart. Ofte betragtes Grundlovens retlige supremati som så selvfølgelig og uproblematisk, at der ikke er nogen grund til at beskæftige sig videre med sagen. Spørgsmålet er imidlertid, om Grundlovens formelle status også modsvares af dens reelle gennemslagskraft.

I 1989 skrev *Nina Holst-Christensen* artiklen: Gælder menneskerettighederne i Danmark?<sup>2</sup>, og der har siden da været livlig debat om de internationale menneskerettigheders status i intern dansk ret. En væsentlig præmis for debatten har været et forsøg på afklaring af, hvordan det bedst muligt sikres, at konventionerne indgår i rets anvendelsen særligt ved forvaltning og domstole. Denne bestræbelse fremgik endvidere af inkorporeringsudvalgets betænkning,<sup>3</sup> der foretog en omfattende undersøgelse af den faktiske anvendelse af de internationale konventioner ved danske domstole og administrative myndigheder med henblik på en vurdering af, hvorvidt der burde foretages inkorporering af yderligere menneskerettighedskonventioner i dansk

<sup>1</sup> Selv om der fra forskellige sider er blevet sat spørgsmålstegn ved en traditionel hierarkisk kategorisering af de forskellige retskildetyper (idet retssystemet i stedet er blevet karakteriseret som for eksempel pluralistisk eller polycentrisk, jfr. *Hanne Petersen & Henrik Zahle* (red.): *Retlig polycentri*, 1995), synes forudsætningen om forfatningens højeste rang at fastholdes. Se for eksempel *Jens Evald*: "Retskilderne og den juridiske metode", 1997 side 37, *Peter Germer*: "Statsforfatningsret", 3. udgave 2001 side 8 ff og *Henrik Zahle*: "Dansk forfatningsret I", 3. udgave 2001 side 49 f. Endvidere kan henvises til indledende afsnit i lærebøger som for eksempel *Krüger Andersen m.fl.*: "Dansk Privatret", 13. udgave 2003 side 1 ff.

<sup>2</sup> *Juristen* 1989 side 48-57

<sup>3</sup> Betænkning nr. 1407: "Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret", København 2001

ret. Det gennemgående indtryk på menneskerettighedsområdet er, at de internationale konventioner alt andet lige får større og større gennemslagskraft ved de retsanvendende myndigheder – om end det går langsomt.<sup>4</sup>

På linie hermed synes der efterhånden at være enighed om, at domstolernes tilbageholdende fortolkningsstil i sager vedrørende den Europæiske Menneskerettighedskonvention er afløst af en mere dynamisk og rettighedsorienteret fortolkning i overensstemmelse med den, der praktiseres af den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Alt andet lige er det samlede billede, at de internationale menneskerettigheder ikke kun formelt set er en del af dansk ret, men også i stadigt stigende omfang reelt får indflydelse på rets anvendelsen i konkrete sager.

Spørgsmålet er imidlertid, om noget tilsvarende gælder for den danske grundlov; om også danske grundlovsbestemmelser får en stadig større rolle at spille i rets anvendelsen og fortolkes mindre restriktivt af domstolene end førhen. Eller om den øgede fokus på den europæiske menneskerettighedsdomstol tværtimod har henvist Grundloven til reservebænken. Dette er i sagens natur vanskeligt at eftervise, idet det kræver omfattende empiriske undersøgelser, som det falder uden for denne artikels rammer at foretage. Et vigtigt fingerpeg kan imidlertid fås ved at fokusere på, hvilke muligheder der eksisterer for at kontrollere Folketingets overholdelse af Grundloven, og hvordan disse muligheder udnyttes.

Det er således denne artikels formål at beskrive den eksisterende danske forfatningskontrolordning med henblik på at vurdere, hvorvidt den opfylder kravene til en effektiv sikring af Grundlovens overholdelse. Hermed vil jeg gerne illustrere, at hvis Grundloven for alvor skal "gælde" i dansk ret, er der brug for justeringer af den eksisterende ordning med henblik på en mere effektiv håndhævelse af de nationale grundlovsbestemmelser.

## 2. Et forfatningsretligt gældbegreb

Men først er det nødvendigt at strejfe diskussionen om, hvad der overhovedet forstås ved gældende dansk forfatningsret. Som bekendt har begrebet gældende ret været omtvistet i den generelle retsteori, og særligt *Alf Ross* og prognoseteorien har været omdrejningspunktet for det seneste halve århundredes teoretiske disputer.<sup>5</sup> Det er dog ikke denne generelle diskussion, vi skal forholde os til her, men derimod det mere specifikke spørgsmål om definitionen på gældende dansk *forfatningsret*.

Også her har *Alf Ross* spillet en særlig rolle, idet han i sin statsforfatningsretlige lærebog<sup>6</sup> gjorde gældende, at forfatningsretten på så mange afgørende punkter adskiller sig fra andre retsområder, at der må opstilles et

<sup>4</sup> Jfr. betænkning 407 og *Jens Elo Rytter: Grundrettigheder*, 2000 side 66 og 122 ff.

<sup>5</sup> Se for eksempel *Carsten Henrichsen: Moderne retsvidenskab*, 2001

<sup>6</sup> *Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret* bind I, 1959.

særligt gældbegreb. Problemet for Ross var, at han ikke kunne fastholde sin almindelige definition på gældende ret, der lagde afgørende vægt på forventningen om domstolenes sanktionering af de relevante normer, når der ikke eksisterede nogen egentlig domstolsprøvelse af grundlovsbestemmelser.<sup>7</sup> En mekanisk anvendelse af prognoseteorien på forfatningsretten ville således – i hvert fald på daværende tidspunkt – kunne føre til den konklusion, at Grundloven slet ikke gælder i Danmark.

På denne baggrund introducerer *Alf Ross* følgende definition:

”Efter sit indhold er den forfatningsretlige norm altså en regel om de øverste statsorganers funktioner. Kriteriet for, at den er ”gældende dansk ret” er i overensstemmelse med det anførte, (1) at den effektivt efterleves af de øverste statsorganer; og 2) at dette sker fordi reglen af disse opleves som retligt forpligtende, dvs. ikke blot som en personlig samvittighedssag, men som led i en gyldig social orden.”<sup>8</sup>

Som det ses, er der to hovedelementer i Ross’ definition; for det første skal der være tale om en norm, der efterleves effektivt af de øverste statsorganer, og for det andet skal denne efterlevelse ske ud fra en oplevelse af retlig forpligtethed. Gældbegrebet frigøres således fra den definitive sammenhæng med domstolenes håndhævelse og knyttes i stedet til en konstateret praksis ved for eksempel Folketinget eller regeringen kombineret med en betingelse om, at denne praksis af de relevante aktører opfattes som retligt (og ikke blot f.eks. politisk eller moralsk) forpligtende.

*Henrik Zahle* har i sine forfatningsretlige lærebøger givet udtryk for et gældbegreb, der ligger ganske tæt op af det af Ross beskrevne, idet han anfører følgende:

”Kriteriet for, om en regel er retlig, er ikke, at domstolene anvender reglen, men den i hovedsagen effektive efterlevelse af reglen i forbindelse med, at efterlevelsen ikke beror på en personlig og fri beslutning, men tilskrives efterlevelsens nødvendighed som følge af retssystemet”.<sup>9</sup>

Der er flere elementer i det forfatningsretlige gældbegreb, der kan give anledning til diskussion. Særligt det subjektive kriterium - dvs. kravet om at

<sup>7</sup> Jfr. *Henning Koch*: Dansk forfatningsret i transnational belysning, Juristen nr. 6 1999 side 213 f.

<sup>8</sup> Jfr. Ross 1959 side 32-33

<sup>9</sup> Jfr. *Henrik Zahle*: Dansk forfatningsret I, 3. udgave 2001 side 24 f. En forskel i forhold til Ross er, at Zahles indholdsmæssige afgrænsning af forfatningsretlige normer ikke kun begrænser sig til de såkaldt øverste statsorganer, men derimod ”de politisk væsentlige og fentlige institutioner”, dvs. såvel regeringen og Folketinget som vælgere og de politiske partier.

reglen opfattes som retligt forpligtende - er omdiskuteret. For det første kan det kritiseres for at basere sig på empiriske kendsgerninger, som det er vanskeligt at verificere. For det andet kan det siges at være cirkulært: Noget er ret, hvis det af de involverede aktører opfattes som ret, men aktøerne vil ofte basere deres opfattelse på f. eks. den juridiske litteratur, der henviser til dem selv.<sup>10</sup>

I 1999 forsøgte *Henning Koch* sig med en helt ny definition på gældende dansk forfatningsret. Lanceringen af dette nye begreb var primært motiveret af dels udviklingen i domstolens rolle, dels den stadigt stigende betydning af international og supranational ret. Ifølge *Henning Koch* er således dansk forfatningsret

”den ret, der anvendes og skabes af danske domstole på grundlag af nationale, internationale og supranationale skrevne som uskrevne normer, med udgangspunkt i fundamentale demokratiske principper og menneskeretlige værdier”.<sup>11</sup>

Der må her siges at være tale om en fundamental holdningsændring i forhold til Ross og Zahle. Med Kochs definition er vi nemlig igen tilbage ved domstolene som afgørende aktør i en vurdering af, om forfatningsnormer er gældende eller ej. Koch motiverer denne tilbagevenden til domstolsaspektet med en markant ændret rolle i forfatningsretlige sager:

”Det juridisk såvel som politisk udfordrende i disse år er jo, at ændringen i Højesterets rolle inden for forfatningsretten på helt afgørende vis fjerner forudsætningen for Ross’ særlige definition af gældende dansk forfatningsret. Det begynder faktisk at give mening, hvis man knytter begrebet om gældende dansk forfatningsret til, som minimum, et sandsynligt udfald ved domstolene. Visse grundlovsbestemmelser vil dog næppe heller i fremtiden kunne tænkes indbragt ved domstolene. Men også dette vil Højesteret – gennem løbende fastlæggelse af søgsmålskompetencens grænser – være autonom herre over. Ellers må vi lære at leve med sådanne grundlovsbestemmelser som intet mere end: skriftligt formulerede sædvaner”.<sup>12</sup>

Koch underbygger påstanden om domstolens markant ændrede rolle inden for forfatningsretten ved at henvise til, at Ross kun havde 35 forfatningsret-

<sup>10</sup> Kritikken er for så vidt identisk med den, man kan rette mod den traditionelle definition på en forfatningsretlig sædvane, jfr. for eksempel *Poul Andersen: Dansk Statsforfatningsret I 1944* side 141, *Ernst Andersen: Forfatning og Sædvane 1947* side 125, *Jens Peter Christensen i Sædvane og forfatningsret, UfR 1990* side 321 ff og *Henrik Zahle i Dansk forfatningsret I, 3. udgave 2001* side 53.

<sup>11</sup> *Koch 1999* side 218

<sup>12</sup> *Koch 1999* side 217



ligt relevante højesteretsafgørelser til rådighed ved udarbejdelsen af lærebøger, mens Zahle til sammenligning har haft 192.<sup>13</sup>

Uanset om man kan tilslutte sig Kochs optimistiske udlægning af domstolenes stigende tilbøjelighed til at inkludere forfatningsnormer i rets anvendelsen eller ej, har han givetvis ret i, at en række forudsætninger for Ross' særlige gældbegreb ikke længere er til stede. For det første er udbredelsen af endelighedsbestemmelser i de senere år søgt begrænset så meget som muligt, og domstolenes prøvelse af forvaltningsaktens gyldighed må herefter betragtes som den absolutte hovedregel.<sup>14</sup> Derudover stiller ingen mere spørgsmålstejn ved eksistensen af domstolenes prøvelsesret, og det betragtes som aldeles usandsynligt, at den skulle søges afskaffet af lovgivningsmagten.<sup>15</sup> Det er derfor ikke ligeså oplagt eller påkrævet at søge at frigøre gældbegrebet fra domstolsaspektet, som det var på Ross' tid.

Det er ikke min hensigt på nærværende sted at tage endelig stilling til spørgsmålet om det ideelle forfatningsretlige gældbegreb. Jeg vil blot illustrere, hvordan der er tendenser i teorien hen imod en anerkendelse af at inkludere domstolsaspektet i afgørelsen af, hvorvidt Grundloven gælder i Danmark eller ej.

Under alle omstændigheder vil de fleste nok ud fra en rent *praktisk* synsvinkel anerkende, at forfatningens reelle gennemslagskraft – gælden om man vil – i ikke ubetydeligt omfang afhænger af, hvorvidt der eksisterer kontrolmuligheder til sikring af grundlovens gennemslagskraft. Ikke nødvendigvis ved domstolene – selv om domstolskontrol selvsagt er et effektivt håndhævelsesmiddel – men også eventuelt ved andre kontrolorganer. Der kan derfor både ud fra et teoretisk og praktisk perspektiv være god grund til at vurdere, hvilke muligheder der eksisterer for at sikre sig Grundlovens overholdelse i Danmark.

Denne øgede fokusering på håndhævelsesaspektet kan siges at underbygges af det forhold, at individuelle menneskerettigheder tillægges stadig større vægt i den forfatningspolitiske diskurs. Ved folkestyrets indførelse i 1849 og i mange årtier derefter var det det indbyrdes magtforhold mellem de øverste politiske organer, der var på den forfatningspolitiske dagsorden, mens frihedsrettighederne blev opfattet som mere perifere bestemmelser. Nu forholder det sig nærmest omvendt, og også af denne grund kan der være grund til at fokusere mere på mulighederne for håndhævelse af grundlovsbestemmelserne end før. Eller sagt på anden vis: Er der tale om grund-

<sup>13</sup> En del af forklaringen på det langt højere antal domme udspringer imidlertid af, at Zahles kriterium for, hvad der gør en dom forfatningsretlig relevant, er væsentligt bredere end Ross' hvilket Henning Koch da også påpeger i en note (*Koch* 1999 side 217, note 25).

<sup>14</sup> Jfr. *Jon Andersen*: Forvaltningsret 2003 side 110 f og *Henrik Zahle* 2001 side 176.

<sup>15</sup> Se f.eks. *Jens Peter Christensen*: Domstolene – den tredje statsmagt, Magtudredningen 2003 side 14 ff.

lovsbestemmelser, der regulerer spørgsmål om statsmagternes egne eller indbyrdes forhold, kan det måske være rimeligt at fokusere på de relevante organers egen adfærd og eventuelle retsoverbevisning. Er der derimod tale om borgerrettede bestemmelser, der skal sikre det enkelte individ mod statens overgreb eller garantere det statens beskyttelse, er det langt mere betænkeligt at lade håndhævelsen bero på statsorganerne selv.

### 3. Den eksisterende kontrol med Grundlovens overholdelse

Hvis man foretager en nærmere analyse af den eksisterende kontrol med Folketingets overholdelse af Grundloven i internationalt perspektiv,<sup>16</sup> er der en række forhold, der springer i øjnene.

For det første er der ingen effektiv og uafhængig kontrol på lovens forberedelsesstadium. Den eneste obligatoriske granskning af lovforslags overensstemmelse med Grundloven foregår i Justitsministeriets Lovafdeling som led i den almindelige lovtekniske gennemgang. Lovafdelingen er imidlertid som en del af Justitsministeriet underlagt regeringen og kan i kraft af denne placering ikke forventes at levere helt uafhængig rådgivning til Folketinget vedrørende regeringens lovforslags grundlovsmæssighed.<sup>17</sup> Kan der således argumenteres for flere juridiske udfald på et omtvistet spørgsmål om lovforslagets grundlovsmæssighed, må man for så vidt forvente, at Lovafdelingen kommer frem til det efter omstændighederne mest regeringsvenlige resultat.<sup>18</sup> Denne forkontrol er således ikke en helt uafhængig eller effektiv garanti for Grundlovens overholdelse.<sup>19</sup>

Derudover er det værd at bemærke, at der under alle omstændigheder vil være behov for at have en eller anden form for efterfølgende kontrol, idet ikke alle potentielle grundlovskonflikter kan forudses på lovens forberedelsesstadium.<sup>20</sup> Loven vil ofte efter sin ikrafttræden have konkrete virkninger, som man ikke på det abstrakte plan havde indset eller taget højde for i lovgivningsprocessen, og der er derfor i næsten alle forfatningskontrollsystemer etableret adgang til en vis efterkontrol. Således er den enkelte borgers adgang til at få prøvet eventuelle rettighedskrænkelser ved en uafhængig in-

<sup>16</sup> Det følgende er i alt væsentligt baseret på *Pernille Boye Koch: Forfatningskontrol, 2002.*

<sup>17</sup> Jfr. *Jens Peter Christensen* i *Juristen* nr. 3 1993 side 97 ff og *Lars Nordskov Nielsen* i *Lov og Ret* 03 1993 side 14.

<sup>18</sup> Dette forhold blev for så vidt illustreret af Tvindloven (U 1999.841 H), som blev vedtaget efter en indgående statsretlig vurdering i Justitsministeriets Lovafdeling, men som ikke desto mindre efterfølgende blev klassificeret som grundlovsstridig af Højesteret.

<sup>19</sup> En lignende kritik er for nyligt rettet mod Kammeradvokatens optræden som udreder af juridiske tvivlsspørgsmål, jfr. *Peter Pagh* i *Lov & Ret* nr. 6 2004 side 13 ff.

<sup>20</sup> Dette forhold blev i forbindelse med udarbejdelsen af den nye finske grundlov brugt som argument for eksistensen af en vis adgang til domstolsprøvelse, jfr. Regeringens proposition til Riksdagen med forslag till ny Regeringsform för Finland (RP 1/1998 rd s. 29).

stans efterhånden et centralt element ved de fleste moderne forfatningskontrolordninger.

I Danmark varetages denne efterfølgende kontrol af de almindelige domstole ved udøvelsen af prøvelsesretten over for loves grundlovmæssighed. Domstolenes prøvelsesret er som bekendt ikke reguleret i Grundloven,<sup>21</sup> men blev fastslået i retspraksis i starten af 1900-tallet.<sup>22</sup> I mange år var domstolenes adgang til at efterprøve lovgivningen imidlertid et yderst kontroversielt politisk spørgsmål. Det blev af mange anset for udemokratisk at overlade kompetencen til at forkaste lovgivningen til andre end Folketinget, og samtidig frygtede Socialdemokratiet og Det Radikale Venstre, at den konservativt dominerede dommerstand med prøvelsesretten i hånden kunne forhindre store dele af den ønskede velfærdsregulering.<sup>23</sup> Også i juridiske kredse var prøvelsesretten omdiskuteret, idet særligt *Alf Ross* satte markante spørgsmålstejn ved dens berettigelse og status.<sup>24</sup> For det første baserer hans forfatningsretlige fremstillinger sig i ganske vid udstrækning på en opfattelse om lovgivningsmagtens omnipotens,<sup>25</sup> og for det andet frakender han prøvelsesretten karakter af forfatningsretlig sædvane på grundlovsniveau.<sup>26</sup>

Denne udbredte skepsis i store dele af det juridiske og politiske establishment holdt sig langt op i efterkrigstiden og er en af hovedforklaringerne på det nuværende kontrolsystems udformning, der synes at være udsprunget af en forudsætning om det mindst muligt indgribende, således at domstolene kun prøver lovgivningens grundlovmæssighed, når de så at sige ikke kan undgå det. Udgangspunktet for den eksisterende efterkontrol er nemlig, at enhver domstol, der i forbindelse med en konkret retstvist bliver konfronteret med en påstand fra en af parterne om, at en relevant lovbestemmelse strider mod Grundloven, må afgøre spørgsmålet om lovens gyldighed i relation til den konkrete sag.

Den minimalistiske tilgang kan nærmere illustreres ved følgende uddybende beskrivelse:

<sup>21</sup> I 1953 undgik man bevidst at tage stilling til spørgsmålet, jfr. *Zahle*: Dansk Forfatningsret 2, 2001 side 160 f.

<sup>22</sup> Se for en udførlig behandling af den historiske udvikling vedrørende domstolenes prøvelsesret *Poul Andersen*: Rigsdagen og domstolene i "Den danske Rigsdag 1849-1949 bind V" 1953.

<sup>23</sup> Denne politiske skepsis beskrives blandt andet i *Jens Peter Christensen* 2003 side 14 ff.

<sup>24</sup> Se særligt *Alf Ross*: Kan domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovmæssighed berøves dem ved lov? i *E. A. Abitz* (et al.): "Festskrift til Poul Andersen", 1958 side 356 ff.

<sup>25</sup> Jfr. *Jens Peter Christensen*: Forfatningsretten og det levende liv, 1992 side 136 og *Sverre Blandhol*: Juridisk Ideologi. Alf Ross' kritik af naturretten, 1999.

<sup>26</sup> Hvilket får ham til at konkludere, at domstolenes prøvelsesret over for lovgivningen til enhver tid kan ophæves af lovgivningsmagten ved simpel lov, jfr. *Ross* 1958 side 366.

Den danske domstolskontrol er præget af *væsentlige adgangsbARRIERER*, idet en prøvelse af loves grundlovsmæssighed som altovervejende hovedregel forudsætter et søgsmål fra en individuelt konkret berørt borger involveret i en aktuel tvist. Dette betyder, at hvis der opstår tvivl om en lovs grundlovsmæssighed, forudsætter en endelig afklaring af spørgsmålet, at der for det første eksisterer en individuel berørt borger, og at denne for det andet er villig til at ofre tid og ressourcer på at starte en egentlig retssag.

Dette udgangspunkt er ikke i væsentlig grad fraveget ved Maastricht-formalitetssdommen fra 1996.<sup>27</sup> Her fik 10 borgere godt nok tilladelse til at indbringe spørgsmålet om Maastricht-tiltrædelseslovens grundlovsmæssighed for domstolene på baggrund af en mere ideel interesse i sagens udfald.<sup>28</sup> Men dommen har - i lyset af den meget konkrete begrundelse formentlig en temmelig begrænset rækkevidde. Kun fordi sagen undtagelsesvist var af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed, havde sagsøgerne efter Højesterets opfattelse en sådan retlig interesse i sagen, at søgsmålet kunne anerkendes. Til sammenligning blev et sagsanlæg fra en række borgere i grænselandet vedrørende Schengen-samarbejdets grundlovsmæssighed afvist.<sup>29</sup> Sagsøgerne ville gerne have rettens bedømmelse af, om det var i overensstemmelse med Grundloven at tillade tysk politi at udøve visse former for politimyndighed inden for Danmarks grænser, men Højesteret anså ikke dette for at være et så generelt og indgribende spørgsmål, at søgsmål kunne anerkendes.<sup>30</sup>

I modsætning hertil anerkender mange af landene omkring os såkaldt abstrakt normkontrol, dvs. at loven kan vurderes i lyset af Grundloven, uden at dette nødvendigvis har forbindelse til en borger involveret i en konkret retstvist.<sup>31</sup> I langt de fleste af de lande, der har oprettet en særlig forfatningsdomstol, kan loven således efter dens vedtagelse udsættes for abstrakt normkontrol på initiativ af for eksempel et mindretal i parlamentet. Denne løsning har den fordel, at normkonflikten kan afgøres på et tidligere tidspunkt, idet man ikke behøver at afvente lovens konkrete virkninger i praksis, ligesom man ikke er afhængig af eksistensen af en procesvillig berørt

<sup>27</sup> U 1996.1300 H.

<sup>28</sup> Se for en mere udførlig behandling af dommen *Pernille Boye Koch*: Retlig interesse – Et begreb i forvandling, UfR 2001 side 283 ff.

<sup>29</sup> U 2001.2065 H.

<sup>30</sup> Også Højesterets afvisning af at anerkende Folkebevægelsen mod EU som søgsmålsberettiget i en sag om embedsværkets adfærd i forbindelse med folkeafstemningen om Amsterdam-traktaten (U 2002.418 H) tyder på, at den tendens til en øget anerkendelse af abstrakt normkontrol, som Maastricht-formalitetssdommen var et udtryk for, ikke har fået fodfæste i senere retspraksis.

<sup>31</sup> Se nærmere om fænomenet abstrakt normkontrol *Pernille Boye Koch* 2002 side 136 ff.

part. Man må således forvente, at mange flere potentielle grundlovsbrud opfanges på et tidligt tidspunkt.

På den anden side viser erfaringerne fra særligt Tyskland, at den skitserede ordning kan kritiseres for at muliggøre, at oppositionen rutinemæssigt indbringer uønsket lovgivningen for forfatningsdomstolen for dermed at udskyde dens ikrafttræden så længe som muligt.<sup>32</sup> De kritiske røster påpeger, at politiske konflikter retliggøres, og at forfatningsdommerne tildeles uforholdsmæssig megen magt over vigtige samfundsforhold. Dette er imidlertid kritik, der specifikt retter sig imod den abstrakte normkontrol i den form den udøves i for eksempel Tyskland. Abstrakt normkontrol kan også finde sted i andre former, der ikke i lige så høj grad aktualiserer disse problemer, hvilket jeg vil vende tilbage til afslutningsvist.

Den manglende adgang til abstrakt normkontrol ved danske domstole betyder, at kun de strengt individrettede grundlovsbestemmelser kan håndhæves,<sup>33</sup> og da kun i det omfang en konkret berørt borger anlægger sag.

Et andet vigtigt aspekt ved den eksisterende danske domstolskontrol knytter sig til det faktum, at man hidtil har praktiseret en temmelig *tilbageholdende prøvelse*, idet man har udvist stor respekt for Folketingets handlefrihed og foretaget en restriktiv fortolkning af de gamle og ofte programmatisk grundlovsbestemmelser.<sup>34</sup> Den tilbageholdende domstolsprøvelse blev som bekendt fastslået allerede ved fæsteafsløsningsdommene i 1921.<sup>35</sup> Senere blev den bekræftet derved, at ingen love i praksis blev underkendt, ligesom det var en fast antagelse i teori og praksis, at domstolene i vurderingen af loves grundlovmæssighed måtte indrømme lovgivningsmagten en ikke ubetydelig margen.

Spørgsmålet er imidlertid, om man i de seneste år har kunnet iagttage en opblødning af denne forsigtige prøvelsesstil. Det er særligt afsigelsen af Tvinddommen og domstolenes fortolkning af en række bestemmelser i EMRK, der kan give anledning til en formodning om, at domstolene er slået

<sup>32</sup> Se for eksempel *Christine Landfried: Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany* i Landfried (ed.): "Constitutional Review and Legislation. An international Comparison", 1988 side 147 ff.

<sup>33</sup> Bemærk imidlertid, at også folketingsmedlemmer i særlige situationer kan opnå søgsmålsret, jfr. U 1994.29 H (Statsanstalten for Livsforsikring).

<sup>34</sup> Jfr. *Henrik Zahle: Grundlovens Menneskerettigheder. Sammenstødet mellem legalistiske og dynamiske retstraditioner* i "Kjærsum, Slavensky og Vedsted-Hansen: Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv", 1997 side 361 ff.

<sup>35</sup> Det er særligt følgende formulering i en af dommenes præmisser, der har dannet grundlag for formodningen om tilbageholdenhed: "Efter Alt, hvad der foreligger, kan det ikke med den Sikkerhed, som maatte kræves, for at Domstolene skulle kunne tilsidesætte Bestemmelserne i en paa grundlovmæssig Maade vedtaget Lov som grundlovsstridige, statueres, at...", UFR 1921.644 H.

ind på en ny kurs.<sup>36</sup> Efter min opfattelse er formodningen om en mere intensiv domstolsprøvelse imidlertid baseret på et relativt spinkelt grundlag, der ikke giver basis for at konkludere, at der for så vidt angår *Grundlovens* bestemmelser er tale om en ændret retspraksis.<sup>37</sup>

Godt nok underkendte Højesteret med Tvinddommen for første gang i Danmarkshistorien en lov med henvisning til modstrid med Grundloven. Men med en retssikkerhedsbaseret fortolkning af Grundlovens § 3 (der ikke blev anerkendt af Ross, men som stort set alle andre statsretsforfattere støttede) kan loven siges at være udtryk for et relativt klart grundlovsbrud,<sup>38</sup> hvorfor en underkendelse ikke i sig selv kan tages som udtryk for en mere intensiv prøvelse. Heller ikke Maastricht-sagens realitetsdom er et vidnesbyrd om, at domstolene har droppet den udstrakte hensyntagen til lovgivningsmagtens frihed.<sup>39</sup>

Til gengæld er der som tidligere nævnt i sager om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention tale om en udvikling hen imod en anderledes og mere intensiv domstolsprøvelse. Spørgsmålet er imidlertid, hvilken betydning dette har for spørgsmålet om domstolskontrol med *Grundlovens* bestemmelser. I den forbindelse udgør det efter min opfattelse en betydningsfuld forskel, at prøvelsesgrundlaget er en international menneskerettighedskonvention med en dertil knyttet retshåndhævende myndighed, nemlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

EMRK er således et retsgrundlag, der ikke kun fortolkes og anvendes af danske domstole, men også af andre landes nationale domstole og af EMD. De danske domstole udsættes på denne baggrund for konkurrerende fortolkninger, der ofte vil være mere aktive og dynamiske end det traditionelt danske udgangspunkt. I kraft af den individuelle klageadgang til EMD, kan Danmark risikere at få en dom for brud på menneskerettighederne, og også af denne grund foreligger der et incitament til at tilnærme fortolkningen den,

<sup>36</sup> Jfr. for eksempel *Jens Elo Rytter* 2000 side 66ff.

<sup>37</sup> Se også *Jens Peter Christensen* 2003 side 21. *Torben Melchior* har argumenteret for, at udviklingen mest af alt tyder på en differentieret prøvelsesstrategi, jfr. Maastricht, Tvind ... og hvad så? i "Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard", 2003 side 201 ff.

<sup>38</sup> Jfr. også *Steen Rønsholdt*: Om Grundlovsfortolkning og konkret retsanvendelse – en statsretlig overraskelse?, UfR 1999 side 333 ff og *Pernille Boye Koch* i Forfatningskontrol 2002 side 71 f.

<sup>39</sup> Jfr. *Ole Spiermann*: Hvad kommer efter tyve? En analyse af Højesterets dom i "grundlovssagen", UfR 1998 side 334 og *Jens Peter Christensen* og *Michael Hansen Jensen*: Højesterets dom i Tvindsagen, UfR 1999 side 228.

man forestiller sig EMD vil anlægge.<sup>40</sup> I grundlovssagerne derimod er domstolene eneste domstolsbaserede aktør i arenaen, hvorfor der ikke forekommer et institutionelt pres hen imod en mere dynamisk fortolkningsstil.

Selv om man kunne forestille sig, at en mere aktiv fortolkningsstil i sagerne om EMRK vil have afsmittende effekt på fortolkningen af den nationale grundlov, savner vi som ovenfor nævnt klare vidnesbyrd om, at det også er tilfældet.

Det er således vanskeligt i skrivende stund at fortolke den ændrede kurs i EMRK-sager som et mere generelt udtryk for, at domstolene i højere grad er indstillet på at træde i karakter som selvstændig statsmagt og opstille klare grænser for lovgivningsmagten. Tværtimod kan de måske ses som endnu et udtryk for danske domstoles tilpasningsdygtighed – blot forekommer tilpasningen i netop denne sammenhæng ikke til lovgivningsmagten, men til EMD.

Også en række grundlæggende danske forfatningsmæssige forhold taler for, at man fortsat må forvente en relativt tilbageholdende domstolsprøvelse af loves grundlovsmæssighed: For det første betyder de danske grundlovsbestemmelers korte og summariske form, at forfatningsfortolkeren overlades et betydeligt udfyldningsarbejde. Dette er alt andet lige ensbetydende med et større rum for retsskabende virksomhed. Domstolene vil på denne baggrund nemt kunne beskyldes for at drive politik. For det andet betyder den meget vanskelige grundlovsændringsprocedure, at det bliver langt mere kontroversielt at lade domstolene forkaste lovgivningen med henvisning til Grundloven, fordi det i realiteten er umuligt for lovgivningsmagten at korrigere resultatet af dommen.<sup>41</sup> Alt i alt forhold, der udgør problemer for domstolskontrollens politiske legitimitet.

Når endvidere henses til den danske tradition for en relativt embedsmandsorienteret dommerkultur,<sup>42</sup> er det måske forståeligt, at domstolene vil have tendens til at vælge ”den rolige tilværelse i træernes skygge”.<sup>43</sup>

#### **4. Behov for ændringer?**

Opsummerende kan den nuværende danske ordning for kontrol med loves grundlovsmæssighed siges at bestå af for det første en forkontrol i Justits-

<sup>40</sup> For kritik heraf se *Eva Smith: Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strassbourghdomstolens praksis?*, Juristen nr. 2 2001 side 54 ff.

<sup>41</sup> Jfr. *Eivind Smith: Loven som det højeste udtryk for almenviljen – eller konstitutionelt demokrati?*, Jussens Venner nr. 4 1998 side 209 ff.

<sup>42</sup> Jfr. *Ditlev Tamm: Domstolene som statsmagt – set med en retshistorikers øjne*, UfR 1997 side 95.

<sup>43</sup> Udtrykket er lånt fra *Mogens Munch: Grænser for domstolens retsskabende virksomhed i civile sager*, Juristen 1989 side 45.

ministeriets Lovkontor, der ikke er uafhængig af regeringen, og for det andet af en efterkontrol ved de almindelige domstole, der er præget af væsentlige adgangsbarrrierer og en relativt tilbageholdende materiel prøvelse.

Hvis forfatningskontrolordningen betragtes i et lidt mere overordnet demokratiperspektiv, kan den siges i udpræget grad at varetage hensynet til lovgivers handlefrihed og dermed være i overensstemmelse med den parlamentarisk prægede demokratiopfattelse, der har præget dansk politisk og juridisk kultur i det meste af 1900-tallet.<sup>44</sup> Den ringe grad af effektiv håndhævelse af Grundlovens bestemmelser kan så berettiget tvivl om, hvorvidt Grundloven overhovedet gælder i Danmark.

Spørgsmålet er på denne baggrund, om det ikke er på tide, at et modstående hensyn til en effektiv grundrettighedsbeskyttelse får en lidt mere fremtrædende plads i kontrollen med loves grundlovsmæssighed, end det hidtil har været tilfældet.<sup>45</sup> Der er i hvert fald tegn på, at princippet om lovgivers omnipotens i stigende omfang udsættes for pres fra en modstående opfattelse af, at en effektiv beskyttelse af borgernes rettigheder er en universel samfundsværdi. Dette er både kommet til udtryk i den juridiske teori, som i de senere år har udsat tilbageholdenhedstendensen for alvorlige angreb,<sup>46</sup> og det er kommet til udtryk i den politiske verden via de positive reaktioner i forbindelse med Højesterets anerkendelse af søgsmålet i Maastricht-sagen og dens underkendelse af Tvindloven. Denne tendens er endvidere i samklang med en global tendens til en mere rettighedsbaseret demokratiopfattelse.

Det er imidlertid uheldigt, at talen om alternativer til det nuværende system ofte bliver gjort til et spørgsmål om, hvorvidt vi i Danmark skal oprette en særlig forfatningsdomstol eller ej. For realiteten er, at man sagtens kan indføre mindre ændringer af den nuværende forfatningskontrolordning, der styrker Grundlovens overholdelse i det praktiske retsliv, uden at det hverken indebærer oprettelse af en forfatningsdomstol eller – måske nok så vigtigt – en grundlovsændring.

En mulighed er at arbejde for en modernisering af den eksisterende domstolskontrol. Dette kan foregå ved, at man for eksempel foretager en mindre

<sup>44</sup> Jfr. også *Lars Adam Rehof*: Grundlovens menneskerettigheder i "Folketingets festskrift i anledning af Grundlovens 150-års-jubilæum", 1999 side 335 ff.

<sup>45</sup> Se om de forskellige værdikrav, man kan stille til et forfatningskontrolsystem: *Pernille Boye Koch* 2002 kapitel 4. Og mere specifikt om argumenterne for hhv. restriktiv og dynamisk domspolitik *Henrik Zahle*: Praktisk retsfilosofi, 2004 side 140 ff.

<sup>46</sup> Se for eksempel *Henning Koch*: Rettens prøvelse – et sædekorn til splid i *Peter Blume* m.fl.: "Liv, arbejde og forvaltning" 1995 side 234, *Henrik Zahle* 1997 side 374 og *Hjalte Rasmussen*: Folkestyre, Grundlov og Højesteret, 1996 side 55. For en mere kritisk og forbeholden indstilling se særligt *Gorm Toftegaard Nielsen*: Domstolene som den tredje statsmagt i *Toftegaard Nielsen* m.fl.: "Parlamentarismen – hvem tog magten", 2001.



udvidelse af kredsen af søgsmålsberettigede, således at kravet om en individuel retlig interesse i sagens udfald er væsentligt opblødt i sager om loves grundlovsmæssighed. Ligesom en bredere dommerrekruttering kan tænkes at gøre domstolene bedre rustet til at foretage en mere dynamisk og principorienteret fortolkning af grundlovsbestemmelserne.<sup>47</sup>

En anden mulighed er - med inspiration fra Finland - at oprette et særligt stående udvalg i Folketinget, der har som sin opgave at gennemgå forelagte lovforslag med henblik på at vurdere disses forhold til Grundloven og de internationale menneskerettighedskonventioner.<sup>48</sup> En sådan nydannelse vil betyde en mere fintmasket kontrol med lovgivningen, fordi der udøves en mere intensiv granskning og vurdering på lovens forberedelsesstadium. Der foretages abstrakt normkontrol med de fordele dette indebærer, men ikke ved en domstol, ej heller ved regeringsapparatet, men derimod af Folketinget selv med bistand fra uafhængige juridiske eksperter.<sup>49</sup> Kontrolmodellen falder således fint i tråd med den nordiske tradition for at tillægge parlamentet stor betydning..

Begge scenarier må siges at indebære en intensivering og revitalisering af kontrollen med loves overensstemmelse med Grundloven og internationale menneskerettigheder

Kun ved at skærpe overvågningen af Grundlovens overholdelse kan vi efter min opfattelse sikre, at den fortsat får reel gennemslagskraft i det danske samfund. Både den europæiske Menneskerettighedskonvention og den nye EU-forfatning har udbyggede rettighedskataloger og en effektiv og offensiv domstolsbeskyttelse. Skal den nationale Grundlov fortsat spille en rolle, er det eksisterende kontrolsystem utilstrækkeligt, og det er nødvendigt at tænke i nye baner.

<sup>47</sup> Jfr. *Henrik Zahle*: Om domstolenes forfatning i "Folketingets festskrift i anledning af Grundlovens 150-års-jubilæum", 1999 side 335 og *Pernille Boye Koch* 2002 side 231 ff.

<sup>48</sup> Se om den finske model bl.a.: *Mikael Hidén*: Övervakningen av lagarnas grundlagsenlighet i Finland, *Jussens Venner* 1-2/1998 side 73 ff, *Jaakko Husa*: Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective, *AJCL* vol. 48 (2000) side 345 ff og *Pekka Länssineva*: The Constitutional Committee of Parliament: The Finnish model of norm control i *Maija Sakslin* (ed.): "The Finnish Constitution in transition", 1991 side 68 ff.

<sup>49</sup> Se nærmere *Pernille Boye Koch* 2002 side 239 ff.

# Kommunale elforsyningskoncessioner

af

*Bent Ole Gram Mortensen*

## Indledning

Denne artikel omhandler de specielle *elforsyningskoncessioner*. Disse kan betragtes som et led i den offentlige adgangsregulering til et marked.

Offentligretlig adgangsregulering i forbindelse med et givent marked er en hyppig foreteelse. Der stilles således ofte specifikke krav til en person eller en virksomhed, der vil agere på et givent marked. Disse kan omfatte særlige kvalifikationskrav, som det kendes fra en række liberale erhverv og installationsfag, særlige organisationskrav, som det kendes fra de danske energiforsyningslove,<sup>1</sup> de kan være udtryk for særlige krav til en aktørs økonomiske formåen, eller de kan slet og ret benyttes som et middel til at sikre offentligretlige normer overholdt. Sådanne ordninger benævnes i flæng autorisationer, beskikkelse, bevillinger, bestalling, samtykke, godkendelse, licens, registrering, tilladelser, godkendelser, omsætningskoncessioner m.v. Samlet betegnes de ofte som *autorisationsordninger*. I den konkrete anvendte betegnelse ligger ikke nødvendigvis nogen speciel kategorisering. Betegnelsen er ofte blot historisk betinget. Koncessionsbegrebet benyttes ofte, men langt fra altid om autorisationer, der indebærer en eneret inden for et vist geografisk område.<sup>2</sup> Koncessionsbegrebet anvendes ofte i forbindelse med overdragelse af retten til at udnytte offentlig ejendom eller offentlige ressourcer til en privat virksomhed eller i forbindelse med, at en privat virksomhed overlades at udføre en opgave af offentligretlig karakter for egen regning og risiko.<sup>3</sup>

Koncessioner er på energiområdet almindelige i forbindelse med etablering af ledningsnet, udnyttelse af vandløb m.v. til vandkraft<sup>4</sup> eller senest udnyttelse

1 Samlet betegnelse for lov nr. 151 af 10. marts 2003 om elforsyning (elforsyningsloven), lov nr. 130 af 27. februar 2003 om naturgasforsyning (naturgasforsyningsloven) og lov nr. 722 af 24. juli 2000.

2 Se *Konkurrencerådet*: Autorisationsordninger o.l. – set i relation til konkurrenceloven, 1994, s. 8 f.

3 Om koncessionsbegrebet i EU-retten, se Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen, EFT 2000 C 121/2.

4 Se således lov nr. 184 af 20. marts 1918 om Udnyttelse af Vandkraft i Gudeenaen.

af havområder til vindenergiformål.<sup>5</sup> En elforsyningskoncession, som begrebet anvendes i det følgende, vedrører etableringen af et eldistributionsnet.<sup>6</sup>

Denne koncessionsform vil ofte være karakteriseret ved at være en tilladelse givet af en lokal myndighed (f.eks. en kommune) til en elforsyningsvirksomhed til anvendelse af de offentlige vejarealer, som den lokale myndighed disponere over,<sup>7</sup> til fremføring af elledninger m.v. med henblik på forsyning af slutbrugere.<sup>8</sup> Netop grundet det ejendomsretlige element i forhold til kommunens råderet over vejnettet, kan en kommunal koncession siges at ligge i gråzonen mellem den offentlige ret og privatretten.

Ofte indeholder koncessionsaftalen tillige eksklusivbestemmelser, der hindrer kommunen i at tildele konkurrerende virksomheder samme ret eller selv at påbegynde konkurrerende virksomhed. Eksklusivitet inden for de ledningsførte energiforsyningsområder (elektricitet, gas og fjernvarme) er blevet betegnet som *områdekoncessioner*, f.eks. eneretten til at drive et distributionsnet i et givent område. I modsætning hertil står *omsætningskoncessionen*, der mere har karakter af en autorisation til f.eks. elhandel, men ikke indeholder nogen eneret.<sup>9</sup>

I det følgende beskrives primært de danske forhold. Der inddrages dog også en kortfattet beskrivelse af forholdene i Tyskland, hvor forståelsen af forholdene vedrørende elforsyningskoncessioner er meget forskellig fra den aktuelle danske forståelse.

## 1. Opståen af koncessionsanvendelse inden for elforsyning

Elforsyningen startede i Danmark sin udbredelse i større byer i slutningen af 1800-tallet.<sup>10</sup> Der eksisterede i Danmark på daværende tidspunkt ingen egentlig offentligretlig regulering om etablering og drift af elforsyningsanlæg.

5 Se udbudsbekendtgørelse af 2. juli 2004 vedrørende en havvindmøllekoncession. Findes på [www.ens.dk](http://www.ens.dk).

6 For variationer i definitionen i tysk ret, se bl.a. *Herbert Pfeiffer*: Die kartellrechtliche Wirksamkeit energiewirtschaftlicher Konzessionsverträge, 1985, s. 15, *Boris Scholika*: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, s. 33 og *Swen Vykydal*: Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang – unter besonderer Berücksichtigung der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, 1996, s. 55.

7 Det følger af § 2, stk. 5 i lovbekendtgørelse nr. 671 af 19. august 1999 om offentlige veje, at kommunalbestyrelserne er forvaltningsmyndighed for kommunevejene.

8 Med slutbruger menes en aftager, der køber elektricitet til eget forbrug.

9 *Ole Jess Olsen*: Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark, 1993, s. 441.

10 For en generel beskrivelse af elforsyningsens indtog, se *Thomas P. Hughes*: Network of Power, 1983 og *Birgitte Wistoft*: Elektrificeringen af Danmark – træk af dansk elektricitetsforsynings historie i Hans Buhl & Henry Nielsen: Made in Denmark? – Nye studier i dansk teknologihistorie, 1994, s. 161 ff.

Formelt set kunne alle starte elforsyningsvirksomhed. En privat aktør stod dog over for nogle reelle barrierer. Problemerne knyttede sig især til fremføring af ledningsnettet. Skulle ledningsnettet føres over tredjemands ejendom, krævede det ejers accept.<sup>11</sup> Dette gjaldt både for privat og offentlig ejendom og indbefattede således også krydsning af veje og jernbaner.<sup>12</sup> Dermed fik kommunerne i kraft af deres disponeringsret over de kommunale veje en meget stærk indflydelse på elforsyningssektorens udvikling.

De første etableringer af en lokal elforsyning blev ofte foretaget af private investorer på baggrund af kommunal koncession. I Køge begyndte en urmager i 1891 med Danmarks første egentlige elforsyning helt uden koncession. Alle ledninger blev trukket over tage og baggårde og skulle dermed ikke krydse offentlig vej (en såkaldt blokstation). Først i 1907 kom det til en egentlig koncessionsaftale. Odense startede med elforsyning kun få uger senere end Køge. Her var der efter forhandlinger indgået en koncessionsaftale mellem kommunen og Aktieselskabet det danske Elektricitetskompagni, Danmarks første kommercielle elforsyningsselskab. Denne koncessionsaftale bestod af en 25-årig tilladelse til at lægge strømførende kabler i byens gader. Eksklusivitet var der dog ikke tale om. I København startede elforsyningen med en mængde mindre blokstationer. Private investorer i et sammenhængende forsyningssystem var blevet holdt stangen af krav om hårde koncessionsbetingelser, der bl.a. inkluderede afgift til kommunen som kompensation for eventuel nedgang i salget af bygas, der på den tid kunne betragtes som en konkurrent til elektricitet.<sup>13</sup> Resultatet blev i stedet en kommunal elforsyning, der kunne starte i 1891. Efterhånden som denne fik større kapacitet, blev de private anlæg nedlagt.<sup>14</sup> Især i byområderne overtog mange kommuner elforsyningen i begyndelsen af det 20 århundrede.

Med indførelse af stærkstrømsloven i 1907<sup>15</sup> blev kommunernes mulighed for at blokere for, at andre aktører mod kommunens ønske kunne anvende de

11 Se f.eks. Rigsdagstidende, Forhandlinger på Folketinget 1906-07, III, sp. 6815.

12 Fremføring af elektriske sporveje var i Danmark særskilt reguleret af lov nr. 96 af 10. april 1895 om Eneret til Anlæg og Drift af Sporveje i offentlige Gader og Veje. Se Rigsdagstidende 1906-07, tillæg A II, sp. 3627-28.

13 Frygten har siden vist sig ubegrundet. I hovedstaden toppede produktionen på danske gasværker tidligst i 1980. I provinsen skete dette 10 år tidligere. Se *Ole Hyldtoft: Den lysende gas. Etablering af det danske gassystem 1800-1890*, 1994, s. 10.

14 Om Danmark, se *Birgitte Wistoft m.fl.: Elektricitetens Aarhundrede*, Bind 1, 1991, s. 37 ff.

15 Lov nr. 77 af 19. april 1907 om elektriske Stærkstrømsanlæg. Senest lovbekendtgørelse nr. 990 af 8. december 2003. For en beskrivelse af den oprindelige lov, se A.K. Aubeck: *Stærkstrømslovgivningen i Carl E.H. Dahl & V. Faaborg-Andersen: Elektricitetens historie og dens mænd*, 1940, s. 207-224.

kommunale veje til at fremføre ledninger langs, begrænset en smule. Stærkstrømslovens § 9 gjorde det muligt at føre ledninger »over og under Gader, Veje og Jernbaner, naar Fremførelsen sker således, at Færdselen paa de paa-gældende Steder ikke i nogen Maade kan forulempes derved«. Ministeriet for offentlige Arbejder traf afgørelser, hvis der blev protesteret mod anmeldte planer. Efter lovens § 10 kunne tvungen afståelse af rettigheder over offentlig eller privat ejendom af ministeren foranlediges (f.eks. til placering af master eller transformatorer), hvis anlægget var af almen interesse. Denne mulighed blev yderligere forstærket i 1935,<sup>16</sup> da der blev indført egentlige ekspropriationsbestemmelser. Herefter kunne bygninger, arealer m.v. erhverves. Nogen egentlig overordnet statslig planlægning blev dog ikke indført. Således kunne kommunerne i lang tid frem bevare en dominerende indflydelse på elsektorens udvikling og ejerforhold.<sup>17</sup>

## **2. De legale rammer for elforsyningskoncessioner i dansk ret**

Kommunale ledningsbundne ydelser blev i elforsyningsens barndom omkring år 1900 betragtet som kontraktmæssige ydelser. Denne indstilling kan føres tilbage til den købstadskommunale skattereform, jf. lov af 11. februar 1863 om den Kommunale Befatning i Kjøbstæderne udenfor Kjøbenhavn og for Sognekommunernes vedkommende til Landkommunalloven af 6. juli 1867. Med denne samledes den kommunale skatteudskrivning til én skat, der skulle dække alle kommunens udgifter. Dermed afskaffedes repartitionssærskatte og et kasseprincip for forskellige kommunale aktiviteter.<sup>18</sup>

De kommunale forsyningsvirksomheder blev dermed underlagt kommunernes almindelige omfordelingskompetence. Kommunerne kunne drive forskellige forsyningsvirksomheder mod særskilt betaling. Det var ikke unormalt, at forsyningsværker gennem takstfastsættelsen blev drevet med overskud til glæde for den pågældende kommunes skatteydere. I en undersøgelse omfattende 10 bykommuners regnskaber i perioden 1908-15 viste alene elværkernes indtjening til kærmerkassen sig så stor, at den svarede til 5-8 % af den samlede skatteindtægt. Andre større undersøgelser viste, at overskud fra kommunal elforsyningsvirksomhed i gennemsnit udgjorde 6 %. Man var i et vist omfang inspireret af den såkaldte *kommunesocialisme*, der efter preussisk

16 Lov nr. 169 af 11. maj 1935 om elektriske Stærkstrømsanlæg.

17 Ole Jess Olsen: Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark, 1993, s. 457 f.

18 Se bl.a. Erik Harder: Dansk Kommunalforvaltning II. Opgaver, 1987, s. 74 f., og Birgitte Egelund Olsen: Hvile i sig selv princippet, 1999, s. 100 ff. Om kommuneskatte før 1863, se i øvrigt Ernst Andersen: Forfatning og Sædvane 1947, s. 119 og Axel H. Pedersen i Juristen 1965.20 ff.

inspiration gik ud på at lade kommunerne optjene overskud på forsyningsvirksomhed, hvorfra midlerne kunne kanaliseres over til andre kommunale opgaver.<sup>19</sup>

### 2.1 Tildeling af elforsyningskoncession

Det var omkring år 1900 ikke usædvanligt, at kommuner, der ikke selv ønskede at etablere elforsyning, indgik overenskomster med private elforsyningsvirksomheder om sidstnævntes ret til at drive elforsyningsvirksomhed – en elforsyningskoncession. Aftalens kernebestemmelser indeholdt en ret for energiforsyningsvirksomheden til at udnytte de veje, som kommunen havde visse ejer- eller dispositionsrettigheder over, ved enten at fremføre elledninger langs disse eller ved at lade elledningerne krydse de kommunale veje. Modsvarende påtog elforsyningsvirksomheden sig typisk en pligt til at betale kommunen en afgift herfor.

Koncessionsaftalerne synes at have haft en noget forskellig udformning.<sup>20</sup> Kernen er naturligvis retten til at udnytte de kommunale veje i forbindelse med etableringen af distributionsnettet. Herudover var der eventuelt en række andre bestemmelser. Heraf skal især tre elementer fremhæves.

For det første indeholder en række koncessionsaftaler en *eksklusivitetsbestemmelse*. Hermed menes, at kommunen vil afstå fra, eventuelt i et begrænset tidsrum, at tildele andre aktører en lignende koncession i samme område og eventuelt selv at afstå fra at oprette en kommunal elforsyning. I den nedenfor omtalte monopolankenævnskendelse fra 1984 er det oplyst, at tre ud af 12 konkrete koncessionsaftaler ikke tillagde forsyningsvirksomheden nogen eneret.<sup>21</sup> Der kunne være visse begrænsninger i eneretten, som f.eks. at eneretten kun omfattede ledninger til fremføring af elektricitet udvundet fra elektricitet på et lokalt værk eller en klausul om, at en grundejer kunne oprette egne elproduktionsfaciliteter og derfra forsyne egne ejendomme. Sidst-

<sup>19</sup> Se herom bl.a. *Erik van der Vleuten* *Electrifying Denmark- A symmetrical history of a central and decentral electricity supply until 1970*, Ph.D. thesis, University of Aarhus, 1998, s. 71 ff. og *Birgitte Wistoft*: *Elektrificeringen af Danmark – træk af dansk elektricitetsforsynings historie i Hans Buhl & Henry Nielsen: Made in Denmark? – Nye studier i dansk teknologihistorie*, 1994, s. 168.

<sup>20</sup> Beskrivelser af tidligere koncessionsaftaler findes i bl.a. UfR 1930.302 H og Monopolankenævnets kendelse af 9. november 1984 i sagen NESA A/S mod Elprisudvalget, j.nr. 40/83, Monopoltilsynets meddelelser - kendelser og domme 1984, s. 210-228.

<sup>21</sup> Eneretten må forstås i forhold til kommunens ejermæssige disponering. Nogen hjemmel til en offentligretlig tildeling af et legalt monopol har kommunen ikke haft. Allerede i forbindelse med gasværksdrift blev kravet om fri næring understreget af indenrigsministeriet. Se *Ole Hyldtoft*: *Den lysende gas. Etablering af det danske gassystem 1800-1890*, 1994, s. 85.

nævnte klausul har sin oprindelse i fortidens blokstationer og har måske en pendant i nutidens industrielle kraftvarmeværker. Ikke alle koncessionsaftaler indeholdt sådanne eneretsbestemmelser.<sup>22</sup> På daværende tidspunkt var der tillige en vis konkurrence fra bygas, der blev benyttet både til belysning, madlavning og til drift af industrimotorer.

For det andet kan der være tale om en indbygget *overtagelsesret*. Denne har været indbygget med henblik på at sikre koncessionsgiver (kommunen) en mulighed for senere at etablere en kommunal elforsyning, uagtet at den tidligere har givet en eller flere private investorer koncession til at oprette privat elforsyning i kommunen eller dele heraf. Et eksempel herpå findes i den ovenfor omtalte koncessionsaftale i Odense. I aftalen var der indbygget en købsret for kommunen gældende fra 1900. Betalingen skulle fastsættes ved taksation.<sup>23</sup> I den ovenfor omtalte Allborg-koncession blev det præciseret, at overdragelsen skulle omfatte »alt til Anlæggets fortsatte Drift hørende Materiel og Inventar, ogsaa alle Koncessionshaverenes Handelsbøger, Tegninger af Anlægget og dets Detailler, samt alle andre til Anlægget og Driften benyttede tekniske Hjælpemidler«. Af hensyn til muligheden for kommunal overtagelse var koncessionshaver desuden pålagt ikke at opføre centralstationer på lejet grund. I den nedenfor omtalte monopolankenævnskendelse fra 1984 er det oplyst, at tre ud af 12 konkrete koncessionsaftaler indeholdt en overtagelsesklausul.

Såvel eksklusiviteten som overtagelsesretten kan ses som udtryk for, at el-distribution er et naturligt monopol.<sup>24</sup> Begge elementer var forinden af en del kommuner blevet benyttet i forbindelse med koncessioner på bygas.<sup>25</sup> Reguleringstraditionen fra bygas blev videreført på elforsyningsområdet.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Et eksempel findes i Aalborg-koncessionen fra december 1895 (Overenskomst mellem Aalborg Byraad og Aktieselskabet det danske Elektricitetkompagni i Kjøbenhavn om Anlæg og Drift af elektriske Anlæg i Aalborg), hvor det eksplecit anføres, at denne "Koncession, der ikke medfører nogen Eneret for Aktieselskabet og altsaa ikke er til Hinder for, at Kommunen jævnsides den Aktieselskabet givne Ret, dog uden at beskædige dets Ledninger, enten selv lader opføre eller tillader Andre at udføre lignende anlæg..."

<sup>23</sup> Dette gav senere anledning til strid, da Odense Kommune selv ville anlægge et elværk i 1906, men kun ønskede at overtage dele af det privatejede anlæg. Også i Aalborg, hvor selskabet senere havde etableret sig, overtog kommunen elforsyningen, og selskabet måtte senere lukke uden at kunne tilbagebetale aktionærerne deres fulde pålydende.

<sup>24</sup> Herved forstås, at udgifterne til den nødvendige infrastruktur for distribution af bl.a. energiydelser er af en sådan størrelse, at det på grund af stordriftsfordele kun er omkostningseffektivt at have ét sæt installationer, gennem hvilket opgaven kan udføres.

<sup>25</sup> Se eksempler i *J.O. Lang: Danske Gasværkers Historie, 1922*. Heri beskrives bl.a. kontraktsforhold for en række forskellige værker. Bygassen blev både leveret til kommunen

For det tredje kunne koncessionshaver været pålagt at betale en *koncessionsafgift* til koncessionsgiver. Koncessionsafgiften kan ses dels som en betaling for kommercielt at kunne udnytte de kommunale veje, som koncessionsgiver har ejer- eller dispositionsrettigheder over, dels som en betaling for tildeling af eneretten. Det var ikke i alle tilfælde, at en kommune krævede koncessionsafgifter. I den nedenfor omtalte monopolankenævnskendelse fra 1984 er det oplyst, at fem ud af 12 konkrete koncessionsaftaler ikke oprindeligt indeholdt bestemmelser om koncessionsafgift.

I et vist omfang har der givet været en sammenblanding mellem kommunens rolle som koncessionsgiver og rollen som aftager. I al fald i forhold til de tidligere bygaskoncessioner er det blevet hævdet, at kommunerne blev sikret forsyning af billig gas til gadebelysning mod at give koncession.<sup>27</sup>

Man må i forbindelse med kommunernes opkrævning af koncessionsafgifter stille det spørgsmål, om kommunerne i det hele taget havde hjemmel hertil. Abitz anfører i sin disputats fra 1950,<sup>28</sup> at kommunerne har en meget udstrakt frihed til at give tilladelse til eller at nægte tilladelse til enhver særlig benyttelse af vejene, der ikke strider mod den almene brug af disse eller facade-

---

(belysning af gade og kommunale bygninger) og til private aftagere (belysnings-, koge- og motorgas). Der er som bilag i *Cliff Thaudahl Hansen: Monopol og monopolpolitik. A/S Det Danske Gaskompanie – 1852-1892*, speciale ved Historisk Institut, KU, 1994 tillige optrykt en kopi af koncessionskontrakten mellem Odense Kommune og Odense Gas Company, senere Det Danske Gaskompani. I *Ole Hyldtoft: Den lyse gas. Etablering af det danske gassystem 1800-1890*, 1994 er der optrykt en kontrakt mellem Ålborg Kommune og Gas-Companiet.

For en beskrivelse af bygas, se tillige *Ole Hyldtoft: Den lysende gas. Etablering af det danske gassystem 1800-1890*, 1994. *Hanne Thomsen: Gas til nordjyderne*, i Nordjyllands Amt. Folkets Nordjylland, 2003 og *Gitte Lundager Rausgaard: Kommunernes tekniske forvaltning* i Per Boje m.fl. (red.): *Folkestyret i by og på land*, 1991, s. 258 ff.

<sup>26</sup> Ole Jess Olsen: *Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark*, s. 403.

<sup>27</sup> *Cliff Thaudahl Hansen: Monopol og monopolpolitik. A/S Det Danske Gaskompanie – 1852-1892*, speciale ved Historisk Institut, KU, 1994, s. 38. Se tillige *Ole Hyldtoft: Den lysende gas. Etablering af det danske gassystem 1800-1890*, 1994, s. 48, hvoraf det fremgår, at de private forbrugere i et vist omfang kom til at finansiere den kommunale gadebelysning. Der syntes derimod ikke i bygaskoncessionsaftalerne at have været en regulering af de priser, som private kunder skulle betale. Se ovennævnte *Cliff Thaudahl Hansen*, s. 61. Et eksempel på, at det modsatte kunne gøre sig gældende for så vidt angår de senere kommunale elforsyningskoncessioner, findes i den ovenfor omtalte Aalborg koncession fra 1995. Her var koncessionshaver forpligtet til at udarbejde maksimaltariffer, der tillige skulle godkendes af kommunen. En egentlig forsyningspligt inden for et nærmere angivet område var også pålagt koncessionshaver.

<sup>28</sup> *E.A. Abitz: Vejenes retsforhold*, 1950, s. 390 ff.



ejerens ret. Der skulle på daværende tidspunkt intet være til hinder for, at en kommune kunne lægge rent finansielle synspunkter til grund for sine dispositioner (med respekt for almenhedens og facadeejernes rettigheder), og at dette bl.a. kunne tage form af en afgift. På samme side anførte Abitz med henvisning til indenrigsministerielle skrivelser, at en kommune kunne »bruge tilladelse meddelelse til fremme af sin almindelige politik på den ene eller anden måde, f.eks. ved at nægte et privat elektricitetsværk at føre ledninger over de kommunale gader og veje for at hindre det i at konkurrere med kommunens eget værk, eller ved på forhånd at give et bestemt privat værk monopol på at gøre det«. <sup>29</sup> Også fremmede kommuners gas- og vandledninger ville kommunen ifølge Abitz kunne nægte nedlagt. Det samme må formentlig have gjort sig gældende i forhold til elforsyningsledninger. Abitz nævnte dog også principperne om magtfordrejning og ligelig forvaltning, men anførte i den forbindelse at der i de nævnte forhold skulle væsentlig grovere afvigelser fra normalen til, før der kunne blive anledning til domstolskritik.

I UfR 1934.527 H blev det antaget, at Magistratens rådighed over offentlige gader og veje i København var tilstrækkelig hjemmel til at afkræve en butiksindehaver afgift af automater, der hang på facaden af butikken. Afgiften blev reelt opkrævet i forståelse med politiet, idet de facadeophængte automater fordrede dispensation fra en bestemmelse i politivedtægten. Østre Landsret var kommet til det modsatte resultat, idet man ikke fandt, at den pågældende bestemmelse i politivedtægten hjemlede ret til at varetage andet end færdselsmæssige hensyn. <sup>30</sup> Også fra Højesterets side lægges der således vægt på ejendomsretlige synspunkter vedrørende kommunernes disponering over de kommunale veje.

Samlet set synes den daværende holdning til elforsyningskoncessioner og til aftaler om koncessionsafgifter, at anvendelsen af disse lå inden for det

<sup>29</sup> Den dagældende retsopfattelse hos indenrigsministeriet har også været beskrevet i *Birgitte Wistoft m.fl.: Elektricitetens Aarhundrede*, bind 1, 1991, s. 120 og *Mogens Heide-Jørgensen: Den kommunale interesse*, 1993, s. 467 ff. I *Erik Harder: De kommunale opgaver. Kommunalfuldmagten*, 1965, s. 111 anføres dog, at selv om de ledningsførte forsyninger havde karakter af kommunal forretningsvirksomhed, så havde de enkelte kommunalbestyrelser ikke nødvendigvis en forretningsmæssig udnyttelse af værkerne for øje. For samme holdning, se *Ernst Andersen: Administrativt tilsyn med kommunalfuldmagten*, København 1940, s. 262 f.

<sup>30</sup> I det pågældende tilfælde var der tale om råderet over et færdselsareal. Med den nugældende retstilstand vil der blive skelnet mere præcist efter, om der rådes over selve vejarealet eller ej.

kommunale råderum. Kommunerne kunne i høj grad udøve en *ejers råden* over de lokale veje.<sup>31</sup>

I det følgende vil forskellige senere ændringer i reguleringen af elforsyningssektoren, kommunernes forhold og vejlovgivningen blive behandlet og diskuteret i forhold til anvendelsen af elforsyningskoncessioner.

## 2.2 *Hvile-i-sig-selv princippet*

Kommunesocialismen kom under pres fra 1940'erne. Der skete en udvikling hen mod et hvile-i-sig-selv princip.<sup>32</sup> Med tiden udviklede de kommunale tilsynsmyndigheder det tilsynsretlige hvile-i-sig-selv princip. Ud over retsteoretiske bidrag må udviklingen ses i lyset af udsigten til store kommunale investeringer i udbygning af fjernvarmeforsyning i 1950'erne.<sup>33</sup> Fra slutningen af 1950'erne stillede Indenrigsministeriet i budgetterne en betingelse om anvendelse af et hvile-i-sig-selv princip i forbindelse med ministeriets approbation af kommunernes lån og garantier til finansiering af varmeforsyning.

Det kommunale hvile-i-sig-selv princip, som det er kommet til udtryk gennem tilsynspraksis, er et tvedelt princip. Dels er det udtryk for, at kommunerne ikke uden lovhjemmel må benytte forsyningsvirksomhed til at supplere skatteindtægterne, og dels er det udtryk for, at kommunen ikke må skattefinansiere den kommunale forsyningstjeneste helt eller delvist. Der er således tale om et byrdefordelingsprincip mellem borgere betragtet som aftagere af ydelser og borgere betragtet som skatteydere. Princippet indebærer i praksis, at omkostninger og indtjening ved disse tjenester over en årrække økonomisk skal balancere.

Hvile-i-sig-selv princippet blev indført udelukkende ved tilsynspraksis. Ingen domstolsprøvelse har tilsyneladende fundet sted til trods for, at der ved princippet's indførelse skete en ændring af en mangeårig kommunal praksis. Princippet's gyldighed er dog senere blevet un-

<sup>31</sup> Normalt vil en ejer have rådighed over sig ejendom. Den nugældende stærkstrømslov indeholder således ekspropriationsbestemmelser, der bl.a. kan sikre etablering af distributionsnet på privat ejendom. Brancheorganisationen Dansk Energi har i den forbindelse indgået aftale med Dansk Landbrug om vilkårene for at etablere elanlæg på landsbrugsjord. Også i netvirksomhedernes standardvilkår eller leveringsbestemmelser kan der findes bestemmelser om, i hvilket omfang den enkelte slutbruger er pligtig til at tåle etablering af elanlæg på sin ejendom.

<sup>32</sup> Bliver også omtalt som neutralitetsprincippet eller kostprisprincip.

<sup>33</sup> Birgitte Egelund Olsen: *Hvile i sig selv princippet*, 1999, s. 100 ff.

derstøttet af ombudsmanden ved dennes praksis,<sup>34</sup> ligesom der synes bred opbakning i teorien til princippet.<sup>35</sup>

En egentlig håndhævelse overfor kommuner, der ikke drev energiforsyningsvirksomhed efter hvile-i-sig-selv princippet, fandt dog tilsyneladende ikke sted. Den kommunale styrelseslovs § 61 er således tilsyneladende ikke blevet bragt i anvendelse overfor kommuner, der ikke fulgte princippet. I betænkning nr. 722 af 26. maj 1970 vedrørende det fremtidige budget- og regnskabsystem i kommuner og amtskommuner nævnes på s. 31, at almindelige kommunale udgifter finansieres via forsyningstaksterne fortrinsvis på fjernvarmeforsyningsområdet. Indenrigsministeriet fandt det angiveligt ofte vanskeligt i konkrete tilfælde at afgøre, hvorvidt princippet om neutralitet i forhold til skatteudskrivningen var tilsidesat. Problemet synes også at have været til stede på elforsyningsområdet.<sup>36</sup>

Det kan undre, at koncessionsafgifterne ikke tidligere blev underkendt i forbindelse med udviklingen af hvile-i-sig-selv princippet. Dette er dog tilsyneladende ikke sket. Siden indførelsen af elforsyningsloven, må det kommunalretlige hvile-i-sig-selv princip på dette forsyningsområde siges at være reerstattet af sektorlovgivning.

### *2.3 Elforsyningslovens forhold til elforsyningskoncessioner*

Bortset fra stærkstrømsloven var der ikke i begyndelsen af det 20. århundrede en egentlig sektorregulering af elforsyningsområdet. Dette ændrede sig først med vedtagelsen af elforsyningsloven i 1976.<sup>37</sup> Kommunernes opkrævning af

<sup>34</sup> Se udtalelser fra Folketingets Ombudsmand i sagerne FOB 75.380, FOB 76.43 og FOB 97.101.

<sup>35</sup> Se f.eks. *Jens Garde & Karsten Revsbech: Kommunalret*, 2002, s. 58 f., *Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed*, 2004, s. 100 f., *Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret*, 2002, s. 725 ff. og *Søren Stenderup Jensen: Offentlige-private selskaber* 1996, s. 61. Se også betænkning nr. 1153/1988, s. 78 f. For en mere kritisk holdning, se *Mogens Heide-Jørgensen: Den kommunale interesse*, 1993, s. 474 ff. Heide-Jørgensen kritiserer det forhold, at Indenrigsministeriet administrativt ændrede en mangeårig kommunal praksis uden at sikre en domstolsprøvelse. For en nærmere diskussion af princippet gyldighed, se s. 479 ff.

<sup>36</sup> Se FOB 1972.101.

<sup>37</sup> Lov nr. 54 af 25. februar 1976. Lovforslag hertil blev fremsat ved forslag nr. 86 som fremsat den 15. november 1974, FT 1974/75, sp. 1595-1616 (bortfaldt ved udskrivning af folketingsvalg) forslag nr. 180 som fremsat den 20. marts 1975, FT 1974/75 (2. saml.), sp. 3457-3478 med beretning fra Folketingets Energipolitiske Udvalg (FEPU), FT 1974/75 (2. saml.), tillæg B, sp. 1489 ff. (lovforslaget blev ikke færdigbehandlet inden folketingssamlingens udløb) og forslag nr. 40 som fremsat den 17. oktober 1975,

koncessionsafgifter blev ikke eksplicit reguleret heri, uagtet at sådanne aftaler stadig eksisterede på det tidspunkt. Elforsyningsloven indførte et maksimalprissystem, der også omfattede kommunal elforsyningsvirksomhed.

Det har været anført, at for de kommunale elforsyningsvirksomheder svarede prisbestemmelsen i elforsyningslovens § 9 til de hidtidige kommunalretlige grundsætninger for kommunal forsyningsvirksomhed.<sup>38</sup> Teknisk set har der dog været tale om et maksimalprissystem.

Der blev dog i 1984 taget indirekte stilling til koncessionsafgifternes lovlighed efter prisbestemmelserne i elforsyningsloven i en administrativ afgørelse.<sup>39</sup> Den pågældende sag fra Sjælland<sup>40</sup> omhandlede elforsyningskoncessioner indgået i perioden 1908-1919. Der var tale om en række overenskomster indgået mellem NESAs og en række kommuner om koncession til elforsyning i de respektive kommuners områder. Foreningen af kommuner i Københavns Amt førte sagen for Monopolankenævnet efter mandat fra NESAs. Det blev under sagens behandling anført af kommunerne, at afgiften kunne betragtes som vederlag for en uopsigelig brugsret til kommunens vejarealer (til placering af ledningsnettet). Ligeledes blev det anført, at der med koncessionsaftalerne var sikret den pågældende forsyningsvirksomhed en eneret og dermed en sikring af kundegrundlag og beskyttelse mod konkurrenter. Det var dog ikke alle koncessionsaftalerne, der indeholdt sådanne eneretsbestemmelser.

Den årlige afgift varierede mellem 2 og 5 % af indtægten fra elsalget i de pågældende kommune. Der var dog visse forskelle i opgørelsesmetoden. Særligt bemærkelsesværdigt er det, at forsyningsvirksomheden angiveligt ensidigt i 1949 tillagde de fem kommuner, med hvem der ikke oprindeligt var aftalt koncessionsafgift, en afgift, af forsyningsvirksomheden betegnet som en »eneretsafgift«. Dette til trods for, at tre af kommunerne aldrig formelt tillagde forsyningsvirksomheden nogen eneret.

Elprisudvalget fandt, at afgifterne havde karakter af en skat, da der ikke var tale om, at kommunerne leverede nogen modydelse. Med udgangspunkt i hvile-i-sig-selv princippet blev det antaget, at kommunale forsyningsvirk-

---

FT 1975/76, sp. 1006-1016 med FEPUs betænkning den 5. februar 1976, FT 1975/76, tillæg B, sp. 417 ff.

<sup>38</sup> FT1975-1976, tillæg B, spalte 465 ff.

<sup>39</sup> Dagældende elforsyningslov anvendte en omkostningsbaseret prisregulering af elforsyningsvirksomheder. Således kunne der efter lovens § 9, stk. 1 kun indregnes »nødvendige omkostninger« i elprisen.

<sup>40</sup> Monopolankenævnets kendelse af 9. november 1984 i sagen NESAs A/S mod Elprisudvalget, j.nr. 40/83, Monopoltilsynets meddelelser – kendelser og domme 1984, s. 210-228.

somheder ikke lovligt kunne benyttes til at sikre kommunen ekstra skattelignende indtægter. Det fandtes derfor urimeligt, at forbrugere, der blev forsynet fra en privat elforsyningsvirksomhed, blev pålagt sådanne skattelignende afgifter. Udgiften blev herefter ikke anset for nødvendig. Dermed var det heller ikke muligt at indregne koncessionsafgiften i de omkostningsbestemte priser over for slutbrugerne. Monopolankenævnet stadfæstede Elprisudvalgets afgørelse men henviste dog kun til, at det var urimeligt at belaste slutbrugerne med en afgift, der dels ikke stemte overens med nutidens syn på forsyningsvirksomheders prispolitik, dels ikke kunne anses som vederlag for ydelser, for hvilke kommuner i øvrigt i almindelighed betinger sig betaling.

Der blev ikke taget stilling til det kontraktuelle forhold mellem forsyningsvirksomheden og de enkelte kommuner. Dette er i overensstemmelse med den almindelige antagelse om, at energiprismyndighederne, herunder det daværende Elprisudvalg og Monopolankenævn, primært har kompetence til at træffe afgørelser efter energiforsyningslovenes bestemmelser, herunder elforsyningsloven. Der kan dog stilles spørgsmål ved energiprismyndighedernes kompetence i denne afgørelse. Hvorvidt en kommune lovligt kan opkræve en koncessionsafgift efter det kommunalretlige hvile-i-sig-selv princip, er energitilsynsmyndighederne ikke nødvendigvis de rette til at afgøre. Nok handlede afgørelsen om, hvorvidt koncessionsafgifterne kunne indregnes i elpriserne, men i realiteten kom det til at betyde, at forsyningsvirksomhederne ikke længere ville (og økonomisk kunne) acceptere at betale koncessionsafgifter. Inddragelse af sådanne kommunalretlige betragtninger ligger i princippet uden for energimyndighedernes kompetence. Det havde derfor muligvis været rettest, om energiprismyndighederne havde overladt det til domstolene at prøve kommunernes ret til at opkræve koncessionsafgift. Havde en domstol fundet sådanne afgifter retsgyldige, ville der jo næppe have været tvivl om, at disse kunne have været indregnet i elprisen som nødvendige omkostninger.

Monopolankenævnets afgørelse synes dog at stemme overens med de overordnede holdninger, der blev givet udtryk for i forarbejderne. I forbindelse med behandlingen af det første forslag til elforsyningsloven fra 1976 udtalte indenrigsministeriet sig mod lovligheden af at belaste slutbrugerne med takster til gavn for kommunekassen:<sup>41</sup>

»Det må samtidig påpeges, at den i § 9 i forslaget til lov om elforsyning foreskrevne prisfastsættelse for kommunernes levering af elektricitet er i overensstemmelse med de principper, der stedse har været antaget i kommunallovgivningen. Der skal herefter ved fastsættelse af elpriser samt andre takster og afgifter for ydelser fra kommunale forsyningsvirksomheder tilvejebringes dækning af de faktiske udgifter ved den pågældende virksomhed, herunder

41 Indenrigsministeriets skrivelse af 9. december 1975 i anledning af spørgsmål nr. 38 fra Folketingets Enerkipolitiske Udvalg – lovforslag nr. 40 af 17. oktober 1975 til lov om elforsyning.

henlæggelser til fremtidige anlægsarbejder inden for den pågældende forsyningsvirksomheds område. En kommune kan som følge heraf ikke lovligt belaste skatteudskrivningen med udgifter til nedbringelse af priser på sådanne ydelser, ligesom en kommune omvendt ikke lovligt kan føre en takst- og afgiftspolitik, der ved at tilstræbe overskud på driften af de kommunale værker øver direkte indflydelse på den kommunale skatteudskrivning«. <sup>42</sup>

På lignende måde kan et svar i forbindelse med den anden fremsættelse af forslag til den senere elforsyningslov fra 1976 tolkes. <sup>43</sup> Her blev der spurgt, om lovforslaget ville forhindre kommunerne i at føre »skattepolitik« over el-taksterne. Svaret var, at det var tanken, at lovforslagets prisbestemmelser skulle administreres således, at kommunerne ikke fik mulighed for at benytte el-taksterne som skatteobjekt.

#### *2.4 Vejlovenes forhold til elforsyningskoncessioner*

Det fremgår af stærkstrømslovens § 20, <sup>44</sup> at »Ved fremføring af ledninger til transmission eller distribution af elektricitet over, under eller langs med vej- eller jernbanearaler skal vedkommende vej- eller jernbanemyndighed eller vej- eller jernbanebestyrelse underrettes senest 4 uger inden arbejdets begyndelse. *Reglerne i lov om offentlige veje finder i øvrigt anvendelse*« (min fremhævelse).

I lov om offentlige veje <sup>45</sup> fremgår det af § 106, stk. 1, at »Arbejder på ledninger i eller over landeveje og kommuneveje, herunder nødvendig flytning af ledninger m.v. i forbindelse med vejens regulering eller omlægning, bekostes af vedkommende ledningsejer, medmindre andet særligt er bestemt ved overenskomst eller kendelse afsagt af en landvæsenskommission eller ekspropriationskommission nedsat i henhold til lov om fremgangsmåden ved ekspropriation vedrørende fast ejendom eller afgørelse truffet af en kommunalbestyrelse, et amtsråd eller Hovedstadsrådet efter vandforsyningslovens §§ 37 og 38, jf. § 40 sammenholdt med § 5«. Heraf udledes det såkaldte *gæsteprincip*. En tilsvarende bestemmelse findes i privatvejslovens § 52. <sup>46</sup>

I sagen UfR 2003.841 H havde Københavns Kommune anlagt sag mod Trafikministeriet i anledning af, at Trafikministeriet i en afgørelse ikke havde

<sup>42</sup> Som det fremgår af det ovenfor anførte om den historiske udvikling, har det givet været en smule overdrevet at beskrive det princip, som § 9 var udtryk for, som værende i overensstemmelse med principper, der stedse har været antaget i kommunallovgivningen.

<sup>43</sup> Spørgsmål 50 i forbindelse med udvalgsbehandlingen af lovforslag nr. 180 af 20. marts 1975 om elforsyning.

<sup>44</sup> Lov nr. 251 af 6. maj 1993 om elektriske stærkstrømsanlæg og elektrisk materiel. Bestemmelsen i § 20 stammer tilbage fra 1907 (lov nr. 77 af 24. april 1907).

<sup>45</sup> Lovbekendtgørelse nr. 671 af 19. august 1999 om offentlige veje.

<sup>46</sup> Lovbekendtgørelse nr. 670 af 19. august 1999 om private fællesveje.

fundet hjemmel til, at Københavns Kommune i forbindelse med en lednings-ejers nedlæggelse af trækrør beregnet på telekommunikationsledninger i et vejområde, der henhørte under Kommunens forvaltningsområde, kunne opkræve dels et engangsbeløb for Kommunens tilsyn i forbindelse med ledningsnettets etablering, dels en årlig betaling for ledningsnettets tilstedeværelse i offentligt vejareal.

Kommunen havde i sine »Bestemmelser om råden over vejareal m.m. i Københavns Kommune« indføjnet netop bestemmelser om opkrævning af såvel engangsbeløb som årlige afgifter. Sagen blev ved Højesteret afgjort ved en fortolkning af gæsteprincippet.

Det fremgår af dommen, at Kommunens vejafdeling ved administration af disse bestemmelser skelnede mellem ledningsanlæg alt efter, om de blev anlagt/drevet af offentlige eller koncessionerede virksomheder, hvor anlægget tjente et offentligt formål, eller hvor ledningsanlægget tjente privatøkonomiske og/eller kommercielle interesser, uanset om ledningsejeren var en offentlig eller privat virksomhed. I sidstnævnte tilfælde fandt Kommunen ikke, at sagen kunne henføres til gæsteprincippet, hvorfor der blev opkrævet såvel engangsbeløb for tilsyn som årlig afgift efter ovennævnte kommunale bestemmelser. Højesteret fandt, at bestemmelsen i § 106, stk. 1 i lov om offentlige veje efter sin forhistorie byggede på den forudsætning, at ledningsejeren ikke skal betale for ledningernes tilstedeværelse i jorden under vejarealet. Retten lagde vægt på, at denne benyttelse i modsætning til råden over selve vejarealet ikke gør indgreb i mulighederne for at råde over vejarealerne efter dets formål. Herefter fandt Højesteret ikke, at Kommunens rådighed over vejarealet i øvrigt kunne udgøre fornøden hjemmel til for opkrævning af en afgift for tilstedeværelsen af en ledning under vejarealet.<sup>47</sup>

Hverken vejlovens § 106 eller forarbejderne, herunder betænkning nr. 117/1955 fra Vejlovsudvalget af 1951, giver klar besked om gæsteprincippet. I sin kommentar til vejlovene fra 1981 giver Abitz med henvisning til en afgørelse fra indenrigsministeriet vedrørende et fjernvarmeselskab ligeledes udtryk for, at motiveringen for omtalte gæsteprincip i vejlovgivningen formodentlig er, at »ledningsejerne ikke betaler for at få lov til at nedlægge ledningerne i vejarealerne, selv om dette ikke er udtrykt som en positiv betingelse i loven eller forarbejderne til denne, ...«. <sup>48</sup> Dette gæsteprincip eksisterede ikke, da Abitz nedfældede de ovenfor anførte betragtninger i sin disputats.

47 Landsretten begrundede samme resultat ud fra en fortolkning af hjemmelsgrundlaget i byggelovgivningen.

48 E.A. Abitz: Vejlovene med kommentarer, 1981, s. 260.

Landsretten havde i UfR 2003.841 H i øvrigt begrundet samme resultat med henvisning til byggelovgivningen. Københavns Kommune har forud for 1939 en fast praksis med at opkræve afgift for udstedelse af tilladelser til nedgravning af kabler i vej og opkrævede løbende afgifter for kablernes tilstedeværelse i vejene. Ved § 27 i byggelov nr. 148 af 29. marts 1939 for Staden København blev der indført en udtrykkelig hjemmel til at opkræve sådanne afgifter.<sup>49</sup> Ved byggelov nr. 323 af 26. juni 1975 blev loven fra 1939 imidlertid ophævet pr. 1. februar 1977, uden at lovhjemmelen til at opkræve afgifter blev videreført. Motiverne til byggeloven af 1975 omtalte ikke spørgsmålet om, hvorvidt opkrævning af afgifter, jf. § 27 i byggeloven af 1939, kunne fortsætte på andet retsgrundlag. Herefter fandt Landsretten hverken, at den før loven af 1939 fulgte praksis eller, at kommunalfuldmagten kunne antages at udgøre et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag for fortsat at opkræve afgifterne.

Også en afgift for at føre tilsyn med arbejdet blev underkendt af Højesteret. Der blev ikke fundet hjemmel til at opkræve en sådan afgift, ligesom tilsynet ikke kunne anses for et vejarbejde, der var udført ved vejbestyrelsens foranstaltning. Det samme resultat var Vestre Landsret i en tidligere sag (dom af 10. maj 1993) kommet frem til i en sag om Jysk Telefon A/S.

Princippet i § 106 i lov om offentlige veje kan føres tilbage til § 57 i lov nr. 95 af 29. marts 1957. Denne lov trådte i kraft den 1. august 1957. Det kan på den baggrund hævdes, at allerede fra det tidspunkt manglede der i vejlovgivningen hjemmel til at opkræve koncessionsafgifter.

### 3. Kommunale energikoncessioner i tysk ret

Tyske kommuner (Gemeinde) har gennem mange år opkrævet koncessionsafgifter i forbindelse med ledningsført energiforsyning. Det startede i første halvdel af det 19. århundrede med bygasforsyning og fortsatte med elforsyning ved dennes opståen i slutningen af samme århundrede.<sup>50</sup> Allerede i 1825 blev der givet den første kommunale koncession til bygasforsyning i Hannover.<sup>51</sup> Opkrævningen heraf bygger på en forståelse af, at kommunen i kraft af sin dispositionsret over vejene også kan opkræve afgifter for benyttelse heraf.<sup>52</sup> Benyttelse af vejarealer udover deres egentlige offentligretlige formål henhører under civilretten.

<sup>49</sup> Denne omtales kort i *Poul Andersen*: Dansk Forvaltningsret, 1963, s. 413, dog ikke i forbindelse med udnyttelse af vejarealet til fremføring af ledninger m.v.

<sup>50</sup> *Boris Scholtka*: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, s. 32-33. Om Tyskland, se *Christine Reichel*: Die Auswirkungen der Energierechtsreform auf die Höhe der Konzessionsabgaben – ein Ausblick i *Christine Reichel* m.fl. (red): Beiträge zum deutschen und europäischen Energierecht, 1998, s. 55.

<sup>51</sup> *Ulrich baumeister*: Ökonomische und administrative Probleme der kommunalen Konzessionsabgabe, 1984, s. 19.

<sup>52</sup> Se *Boris Scholtka*: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, s. 34-38, *Herbert Pfeiffer*: Die kartellrechtliche Wirksamkeit energiewirtschaftli-



Koncessionsafgifterne udgør naturligvis en ekstra udgift for elforsyningsvirksomhederne og medvirker dermed til at forhøje elprisen for slutbrugeren.<sup>53</sup> Dette problem har man søgt at løse på forskellig vis. En tidligere lovgivning indeholdt forbud mod at forhøje koncessionsafgifterne og mod at indgå nye koncessionsaftaler.<sup>54</sup> Denne bestemmelse blev imidlertid underkendt af forbundsforvaltningsdomstolen som værende vilkårlig forskelsbehandling af kommunerne i strid med det grundlovssikrede kommunale selvstyre.<sup>55</sup> Bestemmelsen måtte som følge heraf afskaffes. En monopolkommission havde tidligere foreslået disse koncessionsafgifter afskaffet, men forslaget blev afvist af forbundsregeringen i 1977.

Det nuværende system bygger på en bestemmelse i den tyske energivirksomhedslov (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG).<sup>56</sup> EnWG § 14, stk. 2 tillader ressortministeren at udfærdige nærmere regler for »Zulässigkeit« (tilladelse) og »Bemessung« (udmåling) herunder at fastsætte et loft over koncessionsbetalingerne beregnet pr. kWh for forskellige forbrugergrupper. Bemyndigelsen var allerede efter tidligere lovgivning udmøntet i koncessionsbetalingsbekendtgørelsen (Konzessionsabgabenverordnung – KAV). KAV fastsætter et loft over den betaling, der pr. kWh kan kræves af bl.a. en elforsyningsvirksomhed i en kommune. Betalingen differentieres efter Kommunens størrelse, således at større kommuner kan kræve højere beløb. KAV's primære funktion er således prisregulering.<sup>57</sup>

Koncessionsafgifter anses stadig for at være en kompensation for at benytte offentlige vejarealer i forbindelse med energiforsyning og har dermed et vej-

---

cher Konzessionsverträge, 1985, s. 33, *Swen Vykydal*: Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang – unter besonderer Berücksichtigung der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, 1996, s. 57 f. og *Ulrich Büdenbender*: Energierecht, 1982, s. 191.

<sup>53</sup> De samlede indtægter for tyske kommuner ved koncessionsafgifter er for 1995 blevet opgjort til 6,1 mia. DM. Se *Johann-Christian Pielow & Hans-Martin Koopmann*: Energy Law in Germany, i Roggenkamp m.fl.: Energy Law in Europe, 2001, s. 509.

<sup>54</sup> § 1, stk. 1 i Anordnung vom 04.03.1941 über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE).

<sup>55</sup> Afgørelse af 20. november 1990 fra Bundesverwaltungsgericht.

<sup>56</sup> Gesetz vom 24.04.1998 über die Elektrizitäts- und Gasversorgung. Se generelt herom i *Johann-Christian Pielow & Hans-Martin Koopmann*: Energy Law in Germany, i Roggenkamp m.fl.: Energy Law in Europe, 2001, s. 509 ff. og 552 ff.

<sup>57</sup> Risikoen for forhøjelse af elpriserne grundet udsigten til stigende koncessionsafgifter var tilsyneladende blandt de årsager, der resulterede i den aktuelle udformning af KAV. Se *Boris Scholtka*: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, s. 29-30. KAV er også kommenteret af *Alfred Feuerborn & Volkhard Riechmann*: Konzessionsabgabenverordnung. Kommentar, 1994.

reguleringsmæssigt aspekt. EnWG § 14 stk. 1 definerer således koncessionsafgifter i overensstemmelse hermed:<sup>58</sup>

EnWG § 14, stk. 1: »Konzessionsabgaben sind Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie mittels Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen entrichten«.

Tyske koncessionsaftaler kan i øvrigt have et varierende indhold. De grundlæggende bestemmelser er dels en tilladelse til benyttelse af offentlige vejarealer til ledningsfremføring og modsvarende en forpligtelse til at forsyne området med den pågældende ledningsførte energiydelse. Herudover er der forekommet et varierende antal bestemmelser, herunder forskellige typer bestemmelser om geografisk eksklusivitet, bestemmelser om løbetid og automatisk forlængelse i fravær af opsigelser fra en af parterne samt bestemmelser om kommunal overtagelsesret (heimfallrecht).<sup>59</sup> For så vidt angår koncessionshavers betaling til kommunen regulerer den nuværende KAV § 3, det såkaldte »nebenleistungsverbot« de ydelser, der kan tilfalde kommunen ud over den kontante koncessionsafgift. Bestemmelsen består af en positivliste i stk. 1 og en negativliste i stk. 2. Bestemmelsens positivliste omfatter en maksimering af den mulige rabat til kommunen i dennes rolle som elforbruger til 10 % i forhold til tariffen, at der kan aftales godtgørelse for ændrings- og vedligeholdelsesomkostninger, der følger af etableringen og driften af nettet på eksisterende veje, og godtgørelse for forvaltningsomkostninger, der kan henføres til energiforsyningsvirksomheden. Negativlisten omfatter et forbud mod andre ydelser, hvis disse leveres gratis eller til særpris, samt et krav om, at kommunen kun kan overtage nettet mod passende vederlag.<sup>60</sup> Disse bestemmelsers formål er især at hindre omgåelse af maksimalbestemmelserne for koncessionsafgifternes størrelse. KAV indeholder således en bestemmelse om, at koncessionsafgiften skal fastsættes som et beløb pr. leveret kWh. Andre afgiftsberegningsmetoder kan ikke lovligt aftales.<sup>61</sup>

58 *Ulrich Büdenbender*: Energierecht, 1982, s. 165 omtaler det som »Leitungsverlegungsrecht«, en del af »Wegerecht«.

59 *Herbert Pfeiffer*: Die kartellrechtliche Wirksamkeit energiewirtschaftlicher Konzessionsverträge, 1985, s. 21-32.

60 For en mere indgående beskrivelse, se *Boris Scholtka*: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, s. 205 ff.

61 Se *Boris Scholtka*: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, s. 177 ff.

De tyske energikoncessionsbestemmelser regulerer også på anden vis rent konkurrenceretlige forhold. Således stilles der i EnWG § 13 krav om, at kommunerne stiller vejene til rådighed for ledningsnet til den umiddelbare forsyning af slutbrugere i kommunen (distributionsnet). Koncessionskontraktens varighed er i samme bestemmelse begrænset til 20 år, ligesom der stilles krav om offentligt udbud.

Tyske kommuner praktiserer således stadig en byrdefordeling, der lader aftagerne af visse forsyningsydelser subsidiere kommunekassen og dermed skatyderne. Indtægter fra koncessioner udgør ca. 2-3 %. Disse indtægter omfatter koncessionsbetalinger fra både gas- og vandforsyning.<sup>62</sup>

#### 4. Sammenfatning

Det fremgår af det ovenfor anførte, at der er sket en betydelig retsudvikling på flere områder, der alle får betydning for kommunernes mulighed for at indgå koncessionsaftaler og hermed pålægge koncessionsafgift.

Oprindeligt agerede kommunerne med en *ejers råden* over de lokale veje. Denne opfattelse blev forladt i løbet af det 20. århundrede. I en afgørelse om disponering af selve vejarealet (§ 102 i lov om offentlige veje) fandt Folkeetingets Ombudsmand ikke, at »kommunernes (vejbestyrelsernes) rådighedsret over et offentligt vejareal fuldt ud skulle kunne ligestilles med en privat ejendomsret, således at kommunerne alene med en henvisning hertil skulle kunne afslå anmodninger om tilladelser til afholdelse af plancheudstillinger el. lign.«<sup>63</sup> I samme sag synes Ombudsmanden at gøre op med Abitz »privatretligt orienterede ejendomsretssynspunkter«. Således udtaler Ombudsmanden s. 436 med henvisning til den af Abitz beskrevne traditionelle opfattelse, at Ombudsmanden også er »opmærksom på, at der ikke i forarbejderne til vejbestyrelsesloven af 1957 eller i forarbejderne til de nugældende vejlove er udtrykkelige tilkendegivelser om, at den traditionelle opfattelse er forladt. Det må imidlertid nok tages i betragtning, at den traditionelle opfattelse har udgangspunkt i en ældre opfattelse vedrørende kommunernes forhold til deres veje, baseret på privatretligt orienterede ejendomssynspunkter, som ikke (længere) kan anerkendes, og at der – ikke mindst i de seneste årtier – i udviklingen af den offentlige ret er sket en yderligere bearbejdning af spørgsmålene om, hvilke typer af hensyn myndighederne kan og skal lægge vægt på ved afgørelser, der (i øvrigt) er af skønsom karakter«. Denne ændrede opfattelse var med til at begrænse kommunernes mulighed for at indgå i koncessionsaftaler i al fald, hvis der deri samtidig skulle tillægges en eneret.

<sup>62</sup> Boris Scholtka: Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, 1999, s. 27-29.

<sup>63</sup> FOB 1977.435, specielt s. 439.

Poul Andersen gav tidligt udtryk for den opfattelse, at »Medens man tidligere var tilbøjelig til at betragte Genstanden for en Koncession som en privat Virksomhed, der paa Grund af sin særlige Natur maatte være underkastet det offentliges Kontrol, ..., er der nu Enighed om, at den retlige Hovedbestanddel i en Koncession i Regelen er en Forvaltningsakt, hvorved det overdrages en Privatmand eller et privat Selskab at udøve en Virksomhed, som efter sin Natur er en del af den offentlige Forvaltning, ...«. <sup>64</sup> Dette er for så vidt i overensstemmelse med f.eks. fransk ret, hvor en »contrat de concession«, der tildeles af en offentlig myndighed, vil være en »contrat administratif« og dermed af en mere offentligretlig karakter. Der ligger ofte en overførelse heri af en offentligretlig forpligtelse – »service public« – f.eks. en forsyningsforpligtelse. <sup>65</sup> Disse offentlige forpligtelser har nu fundet vej til såvel dansk som europæisk sektorregulering af elforsyning. Tysk ret betragter derimod stadig en »Konzessionsvertrag« som værende af en privatretlig karakter, om end af en særlig karakter.

Sideløbende med denne grundlæggende ændring i opfattelsen af kommunernes rådighedsmulighed skete der en udvikling på tre forskellige retsområder: Hvile-i-sig-selv princippet blev indført, elforsyningssektoren blev underlagt en sektorregulering og vejlovgivningen indførte gæsteprincippet. Udviklingen på alle disse tre områder umuliggjorde efterhånden opkrævningen af koncessionsafgifter. Hvile-i-sig-selv princippet og sektorreguleringen havde også umuliggjort kommunesocialismens princip om at krydssubsidiere fra kommunale forsyningstjenester til andre kommunale opgaver.

Opkrævning af koncessionsafgifter fra private elforsyningsvirksomheder og selvstændig drift af kommunal forsyningsvirksomhed med overskud var for så vidt blot to forskellige måder at supplere skatteindtægterne med indtægter fra elforsyningsvirksomhed. <sup>66</sup>

Skal en kommune i dag opkræve koncessionsafgifter, vil det kræve en klar hjemmel. <sup>67</sup> Med dommen UfR 2003.841 H burde der endelig være gjort op med koncessionsafgifter uden særlig lovhjemmel, ikke blot på elforsyningsområdet, men på alle områder, hvor tidens teknologi gør det hensigtsmæssigt

<sup>64</sup> Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, 1936, s. 300. Gentaget i 4. udgaven, 1963, s. 79.

<sup>65</sup> For en kortfattet beskrivelse af de to franske begreber, se *M. Fontaine m.fl.*: Dictionnaire de droit, 1996, s. 82 og *Gérard Cornu*: Vocabulaire juridique, 7. udg., 1998, s. 212. For en ældre dansksproget fremstilling, der delvis berører problematikken se *E.A. Abitz*: Vejenes retsforhold, 1950, s. 15-20. I forhold til elforsyning findes der en kortfattet engelsksproget beskrivelse i *Fabienne Helvin*: Energy Law in France, i Roggenkamp m.fl.: Energy Law in Europe, 2001, s. 439.

<sup>66</sup> Etableringen af kommunal elforsyningsvirksomhed tog især fart efter 1906. En oversigt over ejerforholdene findes i *Erik van der Vleuten*: Electrifying Denmark- A symmetrical history of a central and decentral electricity supply until 1970, Ph.D. thesis, University of Aarhus, 1998, s. 67.

<sup>67</sup> En sådan hjemmel fandtes muligvis for Københavns Kommune frem til 1. februar 1977, jf. Landsrettens dom i UfR 2003.841 H.

for private aktører at nedlægge rør, ledninger og andet netværk i offentlige veje.

Hertil kommer, at egentlige koncessionsaftaler med tilknyttede enerettigheder vil rejse såvel forvaltningsretlige, som konkurrenceretlige problemstillinger.

Nogle bemærkninger i anledning af  
bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder  
– med særlig henblik på pengeinstitutter.

af

*Hans Viggo Godsk Pedersen og Nina Dietz Legind*

### **Indledning**

Bekendtgørelse nr. 604 om god skik for finansielle virksomheder udstedtes den 26. juni 2003. Med nogle få undtagelser trådte bekendtgørelsen i kraft den 1. oktober 2003. Bekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i lov om finansiel virksomhed, der sammen med lov om realkreditlån og realkreditobligationer nu indeholder en samlet regulering af den finansielle sektor.<sup>1</sup> Økonomi- og erhvervsministeren har kompetencen til at udstede regler på området om redelig forretningsskik og god praksis. Dette sæt er det første, der regulerer forholdet mellem bank og kunde, efter at Forbrugerombudsmanden ikke længere er den kompetente myndighed på området.

Med ikrafttrædelsen af lov nr. 428 af 6. juni 2002 har Forbrugerombudsmanden ikke længere kompetencen til at udstede retningslinier, der gælder for den finansielle sektor. Kompetencen tilkommer nu økonomi- og erhvervsministeren. Forbrugerombudsmanden havde tidligere kompetencen til i medfør af markedsføringsloven § 17, stk. 1 efter forhandlinger med de relevante erhvervs- og forbrugerorganisationer at udstede de såkaldte etiske retningslinier. I 1994 udstedtes »Retningslinier for etik i bankrådgivningen«, mens der i 1997 udkom nogle uddybende kommentarer til retningslinierne.<sup>2</sup> Januar 2001 kom Udredningen om bedre privatkundebeskyttelse inden for pengeinstitutsektoren. Lennart Lynge Andersen og Peter Møgelvang-Hansen afgav udredningen efter opdrag fra forbrugerombudsmanden, der ønskede forhandlinger om retningslinier for god markedsføringskik samt for kundebehandling og -vilkår. Bekendtgørelsen erstatter Forbrugerombudsmandens vejledende retningslinjer på

<sup>1</sup> Bekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i §§ 3, stk. 2 og 77, stk. 2. Efter den 1. januar 2004 sker udstedelsen af administrative regler med hjemmel i §§ 43, stk. 2 og 372, stk. 2.

<sup>2</sup> Det var sag 530/1995 fra Pengeinstitutankenævnet, der foranledigede, at kommentarerne til de etiske retningslinier blev udarbejdet.

området.<sup>3</sup> Samtidig gælder markedsføringsloven §§ 1 og 2 ikke længere for den finansielle sektor, i det omfang økonomi- og erhvervsministeren har udstedt regler på området. Reglerne i bekendtgørelsen ligner i et vist omfang de tidligere etiske retningslinier.

I november 1998 afgav det såkaldte Rådgiverudvalg betænkning nr. 1362 – Rådgiveransvar – i hvilken lovudkast om bl.a. godtgørelse blev fremlagt.<sup>4</sup> Regeringen har efterfølgende opgivet at lovregulere spørgsmålet om godtgørelse for skuffede forventninger.<sup>5</sup> Lennart Lyng Andersen og Peter Møgelvang-Hansen udgav desuden i efteråret 1997 et debatoplæg om pengeinstitutters rådgivningsansvar. Af dette fulgte ligeledes en lovskitse.<sup>6</sup>

Pengeinstitutters rådgivning er nu reguleret i bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder. Rådgiverens forpligtelser og kravene til rådgivningens indhold er således nu formuleret positivt, og det kan konstateres, at lovfæstelsen ikke er sket alene ved en traditionelt formuleret god skik-regel. Det kan ligeledes konstateres, at man har valgt at regulere relationen mellem private – forholdet mellem den finansielle virksomhed og kunden – ved offentligt retlig regulering. Reguleringen knytter ikke retsvirkninger til en finansiell virksomheds manglende efterlevelse af reglerne i forhold til kunden, hvorfor det privatretlige forhold mellem parterne som udgangspunkt fortsat er reguleret af de hidtil gældende regler. Hidtidig retspraksis på området spiller derfor fortsat en ikke uvæsentlig betydning ved fastlæggelsen af gældende ret.<sup>7</sup>

I Sverige træder Lag om finansiell rådgivning till konsumenter (2003:862) i kraft den 1. juli 2004. Loven regulerer rådgivning ved investering. Forarbejderne i SOU 2002:41 og disses

<sup>3</sup> Det følger af vejledningen til bekendtgørelsen, at følgende retningslinjer erstattes: Retningslinjer om etik i realkreditinstitutter (september 1995), God markedsføringsskik ved værdipapirhandel for almindelige, private investorer (juni 2001), God markedsføringsskik og minimumsstandarder for privatkundebehandling i pengeinstitutter (august 2001), God markedsføringsskik og minimumsstandarder for privatkundebehandling i forsikringsselskaber (april 2002) og God rådgivning. Forbrugerombudsmandens retningslinjer om etik i pengeinstitutters rådgivning (juni 2002).

<sup>4</sup> Betænkningen er omtalt af *Lennart Lyng Andersen* i U 1999Bs.290.

<sup>5</sup> Jf. justitsminister Lene Espersens svar af den 2. juli 2002 til Peter Skaarups spørgsmål herom af den 20. juni 2002 (Spm. nr. S 2533).

<sup>6</sup> I Kommissionens forslag af den 11. september 2002 vedrørende harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om forbrugercredit er rådgivning desuden nævnt i relation til indgåelse af kreditaftaler. Parlamentet har afgivet betænkning derom af 2. april 2004.

<sup>7</sup> For så vidt angår realkreditrådgivning kan henvises til *Lennart Lyng Andersen*: *Finans/Invest 2004* nr. 4, s. 2.

perspektiver for Danmark er behandlet af *Lennart Lynge Andersen og Henrik Juul* i Julebog 2002, s. 167.

Den norske finansavtalelov (lov nr. 46 af 25. juni 1999) regulerer forholdet mellem »finansinstitusjoner eller lignende institusjoner« og deres kunder. Loven, der gælder i forhold til alle kunder med mindre andet fremgår af den enkelte bestemmelse, regulerer flere forskellige spørgsmål. Finansrådgivere er reguleret nærmere i lovens §§ 89 og 90.

Reglerne finder ikke kun anvendelse på private kundeforhold. Bekendtgørelsens § 1, stk. 2 angiver, at de tillige finder anvendelse på erhvervsmæssige kundeforhold, såfremt disse ikke adskiller sig væsentligt fra et privat kundeforhold. Dette gælder dog med visse modifikationer, der imidlertid ikke har særlig betydning i nærværende sammenhæng. Mere bemærkelsesværdigt er det, at de centrale bestemmelser om rådgivning i §§ 5-7 finder anvendelse på alle erhvervsmæssige kundeforhold, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 3. Betydningen heraf er dog muligvis ikke stor, jf. nærmere herom nedenfor.

## **1. Bekendtgørelsens regler om rådgivning**

### *1.1 Indledning*

Reglerne om pengeinstitutternes rådgivning er primært placeret i bekendtgørelsens kapitel 3, der indeholder §§ 5-11. § 2, der er placeret i kapitel 1, regulerer dog også i et vist omfang rådgivning. Det følger således af bestemmelsen, at den finansielle virksomhed skal sikre sig, at der i forhold til finansielle samarbejdspartnere – der er indgået en aftale med om afsætning og rådgivning af virksomhedens produkter – er en klar arbejdsdeling. Den finansielle virksomhed skal ligeledes sikre sig, at de finansielle samarbejdspartnere overholder reglerne i bekendtgørelsen. Vejledningen til bekendtgørelsen nævner som eksempel pengeinstitutters og realkreditinstitutters pligt til at følge reglerne i bekendtgørelsens kapitel 9, når institutterne formidler forsikringer.<sup>8</sup> Det er bemærkelsesværdigt, at noget tilsvarende ikke gælder i relation til andre samarbejdspartnere, fx ejendomsmæglere, der ofte virker som formidler af tilsvarende ydelser.

Generelt følger det af § 3, placeret i kapitel 2, at en »finansiell virksomhed skal handle redeligt og loyalt over for sine kunder.«<sup>9</sup> Denne bestemmelse giver ikke i sig selv megen vejledning om, hvad der skal forstås ved god skik.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Kapitel 6-9 indeholder særlige regler for realkreditinstitutter, værdipapirhandlere og forsikringsselskaber samt særlige regler om penge- og realkreditinstitutters brug af kautiønister. Reglerne heri er ikke behandlet i nærværende sammenhæng.

<sup>9</sup> Et eksempel på et vilkår i strid med lov om finansiell virksomhed § 43, jf. bekendtgørelsens § 3 findes i Finanstillsynets afgørelse af 24. juni 2004, hvor en ansvarsfraskrivelses-klausul var ekstremt vidtgående, og bl.a. også omfattede ansvar for rådgivning.

<sup>10</sup> Jf. herved *John Mosegaard* i Pengeinstitutankenævnets Årsberetning 2003, s. 25.



Det følger desuden af § 4, stk. 1, 3. pkt., også placeret i kapitel 2, at hvis en væsentlig aftale er indgået efter, at der forudgående er ydet rådgivning, skal væsentlige forudsætninger for rådgivningen noteres i aftalen eller fremgå af bilag til aftalen. *Væsentlige forudsætninger* defineres nærmere i vejledningen som de særlige forudsætninger for kunden, »der i rådgivningen har været så afgørende, at de har været bestemmende for, at aftalen blev indgået eller for aftalens nærmere indhold.« Forudsætninger af større betydning for kunden og atypiske forudsætninger generelt skal således fremgå af aftalen.<sup>11</sup> Rådgivningsforløbet vil hermed kunne dokumenteres skriftligt – både af kunden og af pengeinstituttet. Det må antages, at kravet om den skriftlige dokumentation bl.a. er begrundet i behovet for, at en eventuel bevisbyrde kan løftes, såfremt kunden påstår, at pengeinstituttets rådgivning ikke lever op til de stillede krav herom.<sup>12</sup> Kravet medfører formentligt samtidig, at kundens opmærksomhed skærpes i forhold til, hvilke forudsætninger der ligger til grund for aftaleindgåelsen.

I vejledningen nævnes flere eksempler på særlige forudsætninger. Kundens relativt høje alder ved tegning af en livrente, manglende kaskodækning ved tegning af bilforsikring for ny bil og kundens forventede faldende indtægtsgrundlag og/eller stigende leveomkostninger ved optagelse af afdragsfrit lån i et realkreditinstitut nævnes som eksempler på særlige forudsætninger.

Kundens investeringshorisont, risikovillighed og investeringens karakter (formål) må ligeledes kunne gives som eksempel på særlige forudsætninger, der skal følge af aftalen, jf. de i bekendtgørelsens § 5 opstillede krav til rådgivning.

Det må antages, at såfremt rådgivningen ikke omfatter bestemte forhold af betydning for kundens risiko, da bør dette også følge af den skriftlige aftale, jf. også ved omtalen af § 10, jf. tillige § 5.

<sup>11</sup> Forudsætninger, der normalt ikke vil foreligge hos en almindelig kunde, der efterspørger produktet, skal fremgå af aftalen. Behovet for skriftlig dokumentation er større, jo mere atypiske forudsætninger og jo større betydning for kundens privatøkonomi der er tale om, jf. vejledningen til bekendtgørelsen.

<sup>12</sup> Færre sager vil antageligt blive afvist ved Pengeinstitutankenævnet i fremtiden som følge af reglen i § 4. Se hertil *Lennart Lyng Andersen og Henrik Juul*, Julebog 2002, s. 167. Allerede i Årsberetningen for 1991 påpegede Pengeinstitutankenævnets formand, at det må være i alles interesse, at antallet af sager om rådgivning, hvor der forekommer betydelig bevisvivl, er så beskeden som muligt. Det anførtes i forlængelse heraf, at pengeinstitutterne kunne medvirke hertil ved "i videst muligt omfang at sikre sig, at aftaler m.v. foreligger skriftligt, underskrevet af begge parter." Jf. tillige *John Mosegaard* i Pengeinstitutankenævnets årsberetning 2003 s. 28, der anfører, at det ikke er muligt at vide, om skriftlighedskravet vil medføre, at flere kunder vil få medhold i klager over rådgivning ved investering i aktier o.l.

Har et pengeinstitut tilladelse som værdipapirhandler, jf. Lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 1, omfattes det tillige af bekendtgørelsens kapitel 8. De problemstillinger, der er forbundet hermed vil kun kortfattet blive berørt neden for i forbindelse med erstatningsansvar ved manglende eller mangelfuld rådgivning i forbindelse med afsætning af egne eller koncernens produkter.

## 2. Rådgivning

Bekendtgørelsens §§ 5-7 er ifølge vejledningen en »udmøntning af 'kend din kunde-princippet«, der kendes fra CESR's standarder.<sup>13</sup> Det forudsættes, at den finansielle virksomhed foretager en undersøgelse af kundens forhold, og at rådgivningen herefter kan tage udgangspunkt heri. I vejledningen nævnes summen på en indboforsikring og kundens livssituation i relation til tegning af indboforsikring, kundens investeringshorisont og risikoprofil i relation til investering i værdipapirer samt de nyere låntyper og valg heraf som eksempler på situationer, hvor kundens individuelle forhold har betydning for den finansielle virksomheds rådgivning. Rådgivningen skal med andre ord tage udgangspunkt heri.

§ 5, stk. 1 indeholder en »indledende afgrænsning« af, hvad der forstås ved rådgivning, mens det i stk. 2 fastslås, hvornår der skal ydes rådgivning. Rådgivning skal forstås som anbefalinger og vejledninger – herunder oplysninger om risici ved en given disposition – samt som oplysninger om de umiddelbare konsekvenser af kundens valgmuligheder. En præcis legal definition af begrebet »finansiel rådgivning« følger således ikke umiddelbart af bekendtgørelsen. Aktiviteter som vejledning og oplysninger er således omfattet af begrebet. Rådgivning skal ifølge stk. 2 ske efter anmodning fra kunden, eller hvor omstændighederne tilsiger, at der er et behov herfor. Der skal således normalt ikke ske rådgivning ved rene ekspeditioner – med mindre »omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor.«<sup>14</sup>

Der er umiddelbart ikke nogen skarp grænse mellem såkaldt rene ekspeditioner og rådgivning. Det kan således anføres, at der forekommer visse »ekspeditioner med indbygget rådgivningskrav«.<sup>15</sup> Den manglende klare grænse må navnlig skyldes finansielle virksomheders sortiment, der er udvidet væsentligt i forhold til traditionelle bankydelse som ind- og udlån. I forhold til spørgsmålet om den finansielle virksomheds såkaldte rådgivningsansvar må

<sup>13</sup> The Committee of European Securities Regulators.

<sup>14</sup> Jf. også afgørelserne om erstatningsansvar nævnt nedenfor.

<sup>15</sup> *Lennart Lyng Andersen og Peter Møgelvang-Hansen*, *Finansiel rådgivning*, 1997, s. 16. I forlængelse heraf afgrænses i øvrigt rådgivning i forhold til realdebitors vejlednings- og oplysningsforpligtelser.

det imidlertid antages ikke at have en afgørende betydning. Professionsansvaret, jf. bekendtgørelsen og også praksis herom, må være afgørende herfor.

Det følger desuden af § 5, stk. 4, at det er muligt at udbyde produkter uden eller med kun en begrænset individuel rådgivning. Den finansielle virksomhed skal som betingelse herfor gøre kunden opmærksom på, at der ikke finder rådgivning sted, eller at en sådan kun finder sted i begrænset omfang. Betingelsen forekommer at være nærliggende, da det hermed ikke er muligt at udbyde produkter uden samtidig at rådgive herom, uden at kunden gøres opmærksom på den manglende rådgivning.<sup>16</sup> Reglen gælder ikke for produkter, der har tilknytning til værdipapirhandel, og sådanne kan således ikke udbydes uden eller med kun begrænset rådgivning. For sådanne gælder desuden reglerne i kapitel 8.

Det følger af vejledningen til bekendtgørelsen, at følgende elementer normalt vil være indeholdt i forløbet af en rådgivning:

- »1) kundens behov afdækkes
- 2) kunden får tilstrækkelig information om de for kunden relevante produkter og ydelser, der kan dække kundens behov, herunder om priser og øvrige vilkår
- 3) kunden modtager rådgiverens vejledninger og eventuelle anbefalinger
- 4) kunden træffer sin beslutning
- 5) der indgås evt. aftale mellem kunden og den finansielle virksomhed
- 6) der sørges for fornøden skriftlig dokumentation af aftalen og eventuelle væsentlige forudsætninger herfor.«

Ifølge ordlyden i § 5, stk. 3, 1. og 2. pkt. skal rådgivningen tilgodese kundens interesser, give kunden et godt beslutningsgrundlag samt være relevant, retvisende og fyldestgørende. Ifølge vejledningen skal dette opfattes som givende udtryk for, at rådgivningen skal opfylde den professionelle standard, som gælder på det pågældende rådgivningsområde.

Ved den konkrete rådgivningsopgave skal der med udgangspunkt i den enkelte kundes forhold tilvejebringes et godt beslutningsgrundlag. Dette må medføre, at der udover fremskaffelsen af relevante oplysninger skal ske en vis orientering om alternativer og om konsekvenser, ligesom der i et vist omfang må skulle ske en afvejning af alternativerne i forhold til kundens udgangspunkt, jf. nærmere reglerne i bekendtgørelsens §§ 6 og 7, der behandles nedenfor. Beslutningsgrundlaget må skulle være fyldestgørende i forhold til den ydelse, kunden efterspørger, og i forhold til kundens forhold.

<sup>16</sup> Det følger af vejledningen, at udbydes pengeinstitutvirksomhed via en internetbank uden et filialnet, da skal pengeinstituttet gøre kunderne opmærksom på hvordan, og i hvilket omfang rådgivning udbydes.

Som også anført i teorien er rådgiveransvaret et bestræbelsesansvar og ikke et resultatansvar. Det er således manglende professionel indsigt og faglig omhu – og ikke selve resultatet for kunden – der er afgørende for et eventuelt erstatningsansvar.<sup>17</sup>

Rådgivningsopgaven, som reguleret i bekendtgørelsens regler i § 5, stk. 1 og stk. 3, afhænger selvsagt af, hvad der rådgives om. Kunden, der søger rådgivning, har normalt en konkret anledning hertil – eksempelvis ønsker kunden at foretage en bestemt disposition, eller også ønsker kunden rådgivning om, hvordan et bestemt resultat opnås. Tilvejebringelsen af et »relevant, retvisende og fyldestgørende« beslutningsgrundlag for kunden vil derfor afhænge af den konkrete anledning til rådgivningen. For hvert område, der rådgives om, vil der således være en »standard« for rådgivningens indhold, jf. også det ovenfor anførte om, hvilke forhold der bør følge af den skriftlige aftale mellem den finansielle virksomhed og kunden.

I eksempelvis sag 213/1989 fra Realkreditankenævnet kunne det ikke tillægges betydning, at den pågældende afdeling ikke normalt udførte boligberegninger. Indholdet af kravet til rådgivningen afhang således af, hvad der blev rådgivet om.

Kunden skal desuden orienteres om relevante risici, jf. § 5, stk. 3, 3. pkt., der ifølge vejledningen skal ses i sammenhæng med bekendtgørelsens §§ 13 og 14 om henholdsvis særligt risikofyldte investeringer og om muligheden for kurssikring, ligesom det er anført, at det på forsikringsområdet vil være relevant at oplyse om størrelsen på en eventuel selvrisiko. Orienteringspligten præciseret i § 5, stk. 3, 3. pkt. følger umiddelbart allerede af reglerne i § 5, stk. 3, 1. pkt., jf. det forhold at rådgivningen bl.a. skal »give kunden et godt grundlag for at træffe sin beslutning«. Det forhold, at orienteringspligten er præciseret i et særskilt punktum, må kunne tages som udtryk for, at lovgiver har fundet dette specielt relevant.

Ifølge § 13, stk. 1 skal et pengeinstitut eller en værdipapirhandler, såfremt de anbefaler eller medvirker til særligt risikofyldte investeringer, i samarbejde med kunden foretage en omhyggelig vurdering af kundens muligheder for at bære et eventuelt tab. Det følger desuden af § 13, stk. 2, at pengeinstituttet eller værdipapirhandleren skal fraråde en disposition, såfremt konsekvenserne heraf overstiger kundens økonomiske formåen. Reglen i stk. 2 omfatter alene den situation, hvor kunden på eget initiativ forespørger om en investering eller finansiering af en investering.

<sup>17</sup> Se nærmere *Lennart Lynge Andersen og Peter Møgelvang-Hansen*, *Finansiell rådgivning*, 1997, s. 26 for en sontring mellem bestræbelsesansvar og resultatansvar. Se også *Bo von Eyben og Helle Isager*, *Lærebog i erstatningsret*, 2003, s. 80 ff.

Frarådningspligten er hermed udtrykkeligt gennemført i såkaldt skreven ret. Reglen minder om den, der tidligere fulgte af Forbrugerombudsmandens retningslinier om etik i pengeinstitutternes rådgivning punkt 10, stk. 3. Frarådningspligten indgår desuden i mindretalsforslagets § 2, stk. 4 i Betænkning nr. 1362, ligesom den er medtaget i den før nævnte lovskitse § 3, stk. 3.

Reglerne i §§ 6 og 7 skal ses i sammenhæng. Det følger af § 6, stk. 1, at den finansielle virksomhed før rådgivningen skal anmode kunden om oplysninger om dennes økonomiske situation og erfaring med relevante finansielle ydelser, om formålet med den finansielle ydelse og om kundens risikovillighed. Indhentning af relevante oplysninger kan ifølge § 6, stk. 2 afpasses efter den viden, kunden selv besidder, og kan ske med udgangspunkt i de oplysninger om kunden, som den finansielle virksomhed allerede er i besiddelse af. Det anføres i vejledningen til bekendtgørelsen, at den finansielle virksomhed skal være opmærksom på, om oplysningerne om kunden er tidssvarende og tilstrækkelige i forhold til det, der rådgives om.<sup>18</sup> Er dette ikke tilfældet, skal den finansielle virksomhed anmode kunden om yderligere oplysninger eller om, at tidligere afgivne oplysninger opdateres, jf. § 7, stk. 2. Den finansielle virksomhed kan ifølge § 6, stk. 3 lægge kundens oplysninger til grund, medmindre disse er åbenbart urigtige.

Det følger desuden af vejledningen, at rådgivning kun kan ske på baggrund af de oplysninger, der ifølge lov om finansiel virksomhed §§ 117-123 – kapitel 9 om videregivelse af fortrolige oplysninger – kan anvendes hertil.

Rådgivningen skal ifølge § 7 tage udgangspunkt i relevante oplysninger givet af kunden og i virksomhedens kendskab i øvrigt til kundens forhold. § 6 regulerer således den finansielle virksomheds tilvejebringelse af et grundlag for rådgivningen, mens § 7 regulerer, hvad den konkrete rådgivning – defineret i § 5 – skal tage udgangspunkt i.

§ 8 regulerer den finansielle virksomheds oplysningspligt om egne produkter og ydelser, herunder priser og vilkår og fastsættelse af priser. Bestemmelsen vil ikke, trods sammenhængen til rådgivning, blive behandlet i nærværende artikel.

Bekendtgørelsens § 9 regulerer eventuelle modsætninger mellem kundens og den finansielle virksomheds interesser ved, at kunden inden rådgivningen skal oplyses om virksomhedens eller medarbejderens/rådgiverens særlige in-

<sup>18</sup> Se hertil sag 1994-09-102 fra Realkreditankenævnet, hvor et realkreditinstitut i forbindelse med en konsekvensberegning ikke indhentede tilstrækkelige oplysninger om særlige indfrielsesvilkår, og hvor det derfor pådrog sig et erstatningsansvar over for klager.

teresse i rådgivningens resultat eller om modtagelsen af provision eller andet vederlag som følge af en formidling. En egen interesse, der vil kunne have indflydelse på virksomhedens eller den finansielle medarbejders/rådgivers anbefalinger. Oplysningerne vil bidrage til kundens beslutningsgrundlag. Om kunden derved kan vurdere betydningen af den særlige interesse, i forhold til den rådgivning der ydes, synes derimod ikke givet.<sup>19</sup>

Det må kunne antages, at en kunde kun sjældent alene modtager rådgivning som en selvstændig ydelse. Rådgivningen indgår normalt i forbindelse med den finansielle virksomheds afsætning af egne eller af samarbejdspartneres produkter. Det må derfor antages, at det ikke sjældent forekommer, at rådgiveren har en vis økonomisk interesse i, at den rådsøgende kundes valg får et bestemt indhold. Reglen i § 9 om oplysning om egen interesse forekommer derfor naturlig, omend afgrænsningen kan være vanskelig.<sup>20</sup>

Som anført i teorien kan det i visse tilfælde være misvisende at tale om rådgivning. Dette er særligt tilfældet, når afsætning af den finansielle virksomheds produkter står i centrum.<sup>21</sup>

Den finansielle virksomhed skal ifølge § 10 inddrage konsekvenserne af relevante skatteregler eller henvise kunden til at søge anden rådgivning herom. Dette gælder tilsvarende for rådgivning om andre forhold af væsentlig økonomisk betydning for bl.a. kundens muligheder for at modtage offentlige tilskud (de såkaldte »samspilsproblemer«), såfremt den finansielle virksomhed er opmærksom herpå.<sup>22</sup> Den finansielle virksomhed vil hermed kunne fraskrive sig rådgivningspligten i forhold til spørgsmål om skat og offentlige tilskud. Det er umiddelbart nærliggende at påpege det forhold, at den finansielle virksomhed kun skal rådgive om offentlige tilskud, såfremt den finansielle virksomhed bliver opmærksom på, at der rådgives om forhold, som har betydning herfor. Spørgsmålet er, om der ikke burde være en generel pligt til at søge at afdække risikoen i relation til samspilsproblematikken.

Som nævnt finder §§ 5-7 også anvendelse på alle erhvervsmæssige kunde-forhold. Efterspørger en erhvervsvirksomhed rådgivning, er der næppe noget nyt i, at denne rådgivning må leve op til en normal professionel standard. At den finansielle virksomhed skal skaffe sig et indblik i kundens økonomiske

<sup>19</sup> Se nærmere *Henrik Juul*, Emner i kredit- og kapitalmarkedsretten (red. *Lennart Lyng Andersen*), 2004, s. 146 om egen interesse.

<sup>20</sup> Se herom *Henrik Juul*, Emner i kredit- og kapitalmarkedsretten (red. *Lennart Lyng Andersen*), 2004, s.190.

<sup>21</sup> *Lennart Lyng Andersen og Peter Møgelvang-Hansen*, Finansiell rådgivning, 1997, s. 13 f.

<sup>22</sup> I vejledningen nævnes offentlige tilskud, som den finansielle virksomhed kan forventes selv at blive opmærksom på.

forhold, svarer vel også til, hvad der er normalt for erhvervs-kunder. Fx bygger kreditgivning netop på et kendskab til kundens forhold. Ved erhvervs-kunder er det imidlertid sædvanligt, at der er andre rådgivere impliceret. Næppe mange virksomheder er uden forbindelse til i det mindste en revisor, der også er villig til at komme med gode råd om de økonomiske forhold, eller anden regnskabsmæssig eller økonomisk rådgivningsassistance. Så vidt ses må det på denne baggrund navnlig være et spørgsmål, i hvilket omfang der er en rådgivningspligt af egen drift i medfør af § 5, stk. 2, 2. punktum, der foreskriver, at der skal rådgives af egen drift, når omstændighederne tilsiger, at der er et behov derfor. Netop det forhold, at der ofte er andre rådgivere impliceret, kan tale for, at det ikke er så oplagt, at der er et behov derfor. Så længe der er tale om dispositioner, der for en virksomhed af den pågældende art virker sædvanlig, kan omstændighederne næppe tilsige, at der er et behov for uopfordret rådgivning. Men er der tale om en form for usædvanlige dispositioner, bør den finansielle virksomhed nok sikre sig, at den pågældende har modtaget rådgivning fra anden side eller selv tilbyde rådgivning.

### 2.1 Sanktionering

Med bekendtgørelsen om god skik er der indført en offentligretlig regulering af rådgivning. En manglende efterlevelse af reglerne i bekendtgørelsen er sanktioneret alene ved påbud og bøde, og en manglende efterlevelse er således ikke i sig selv sanktioneret civilretligt. Det anføres i vejledningen til bekendtgørelsen, at en manglende efterlevelse af bekendtgørelsens regler vil kunne have en afsmittende virkning på visse civilretlige spørgsmål. Reglerne vil således kunne indgå i en traditionel erstatningsretlig vurdering af, om der er handlet ansvarspådragende, eller i en vurdering af om en aftale helt eller delvist skal ændres eller tilsidesættes efter almindelige aftaleretlige regler.<sup>23</sup> Det vil selvsagt være de finansielle ankenævn og domstolene, der skal tage stilling til, om en overtrædelse af reglerne udløser et civilretligt krav. Omvendt bevisbyrde er hermed ikke implementeret direkte, idet sanktioneringen sker efter traditionelle erstatnings- og aftaleretlige regler. Spørgsmålet om godtgørelse for skuffede forventninger har været ivrigt debateret i teorien men er ej heller inddraget.

Det følger af retspraksis, at den, der professionelt yder rådgivning, har et professionsansvar, jf. eksempelvis U 1991.903 H. En positiv formulering af kravene til forsvarlig professionsudøvelse må alt andet lige på sigt formodes at kunne have en vis indflydelse på culpastandarden på området. Reglerne i

<sup>23</sup> For svensk ret se *Lennart Johansson*, *Emner i kredit- og kapitalmarkedsretten* (red. Lennart Lyngge Andersen), 2004, s. 114 Offentligrettslig normgivnings påverkan på banks privatrettsliga förpliktelser.

bekendtgørelsen ligner i et vist omfang reglerne i de tidligere etiske retningslinier for pengeinstitutters rådgivning. Som antaget i teorien<sup>24</sup> og i domspraksis kan en etisk forskrift have en vis indflydelse ved fastlæggelsen af en culpanorm, jf. eksempelvis U 1998.643 V.

I denne sag havde også andre særlige omstændigheder betydning for resultatet, men det kan fremhæves, at landsretten udtalte, at "Under disse omstændigheder finder landsretten det ikke godtgjort, at den vejledning, appellanten har modtaget, har opfyldt de krav, der må stilles i en sådan situation, jf. herved også pengeinstitutternes etiske regler". De etiske retningslinier har således været inddraget ved fastlæggelsen af en culpanorm.

U 1998.643 V må også nævnes i relation til bevisspørgsmålet, da det i sagen kom banken til skade, at det ikke var muligt at bevise, at rådgivning i tilstrækkeligt omfang havde fundet sted. Et skriftlighedskrav fulgte tidligere af de etiske regler, og med reglerne i § 4 i bekendtgørelsen må det være givet, at der vil være fokus på skriftlighedskravet i relation til bevisbyrdespørgsmålet.

### 3. Erstatning

Fastsættelse af regler om god skik i regelgrundlaget gør det nærliggende at overveje, i hvilket omfang disse de facto kan få betydning for pengeinstitutters erstatningsansvar, i det omfang reglerne ikke efterleves. Ved behandlingen af dette spørgsmål kan det være hensigtsmæssigt at inddrage den hidtidige retstilstand. I de trykte domssamlinger findes et relativt begrænset antal tilfælde, hvor spørgsmålet om pengeinstitutters erstatningsansvar for rådgivning eller manglende meddelelse af oplysninger i privat betonede kundeforhold har foreligget til prøvelse.<sup>25</sup> Inden for denne begrænsning angår en relativt stor andel tilfælde, hvor et pengeinstitut uden at have deltaget aktivt i markedsføringen har ydet lån til hel eller delvis finansiering af et ikke bæredygtigt investeringsprojekt, som pengeinstituttet fra låntagerens side formodedes at være bekendt med, idet långivningen fra pengeinstituttet er indgået som en del af projektet. En anden gruppe er tilfælde, hvor pengeinstituttet afsætter egne eller koncernens ydelser. En tredje gruppe er tilfælde, hvor pengeinstituttet udfører forskellige ekspeditioner for kunden, eventuelt med en form for vejledning/rådgivning. En fjerde gruppe er tilfælde, hvor pengeinstituttet i øvrigt giver oplysninger, der er af betydning for forskelliges beslutningspro-

<sup>24</sup> Lennart Lyngge Andersen og Erik Werlauff, *Kreditretten*, 2000, s. 457, *Sten Bønsing*, *Brancheregler og brancheproses*, 2001 og *samme*: U 2004B.1.

<sup>25</sup> U 1996.120 angår et erhvervsmæssigt forhold, hvor pengeinstituttet havde handlet i strid med god forretningsskik og god pengeinstitutpraksis i forbindelse med afvikling af et engagement. Kunden var derved blevet påført et tab, der kunne kræves erstattet.



ces.<sup>26</sup> Denne gruppe er dog ikke umiddelbart af betydning i relation til ansvar for rådgivning.

### *3.1 Investering i ikke bæredygtige projekter*

Et pengeinstituts finansiering af investeringsprojekter kan komme i stand på forskellig måde. Spørgsmålet om ansvar for pengeinstituttet kan imidlertid kun komme på tale, hvis långivningen sker i forbindelse med et konkret projekt, som pengeinstituttet har en eller anden form for relation til. Optræder pengeinstituttet aktivt i markedsføringen af projektet som led i udvikling af udlånsporteføljen, må der formentlig stilles større krav til dets indsigt i og oplysningspligt om projektet end i tilfælde, hvor det mere passivt yder lån til finansiering af et projekt. Optræder pengeinstituttet blot som långiver til et investeringsprojekt på låntagers anmodning, kan det normalt ikke antages, at pengeinstituttet har særlige forpligtelser med hensyn til projektet. Indikerer de informationer, som pengeinstituttet er i besiddelse af, at der kan være et misforhold mellem projektet og kundens økonomiske formåen, kan der dog være en pligt til rådgivning efter § 5, stk. 2, 2. punktum eller ligefrem frarådning efter § 13, stk. 2.

Pengeinstituttets tilknytning til et projekt kan fx være, at pengeinstituttet har forpligtet sig til efter almindelig kreditvurdering at stille lån til rådighed for investorer, der vil deltage i projektet. I sådanne tilfælde vil udbyderen typisk udbyde projektet med fuld finansiering, og pengeinstituttet vil komme til at fremtræde som en del af grundlaget for projektet. Når det er tilfældet, synes det nærliggende at antage, at pengeinstituttet har vurderet projektet som rimeligt seriøst. Dette synspunkt støttes af afgørelsen U 2000.577/2 H.

I afgørelsen U 2000.577/2 H udbød en mæglergruppe en række investeringsprojekter. Projekterne byggede på moduler på 117.000 kr. Af disse skulle 10.000 kr. anvendes til betaling for en aktie til pari kurs, 2.000 kr. til omkostninger, medens 105.000 kr. skulle anvendes som indskud, for hvilket der skulle udstedes gældsbevis. Det fremgik af materialet, at mæglergruppen kunne anvise et pengeinstitut, hvor investorerne kunne låne indskudsbeløbet efter en almindelig kreditvurdering. Sikkerheden i projektet bestod særligt i, at der skulle tegnes en forsikring, der dækkede et eventuelt tab, hvilket imidlertid ikke skete. Salget af projektet foregik på den måde, at mæglergruppen efter telefonisk kontakt gennemgik de potentielle investorers forsikringsforhold, og under mødet i kundernes hjem blev investeringsprojektet forelagt. Hvis kunden ønskede at foretage investeringen, sørgede mæglergruppen for at vi-

<sup>26</sup> Jf. fx U 2002.2067 H, hvor visse mangler i oplysningerne i et børsprospekt efter omstændighederne ikke medførte erstatningsansvar, U 2001.398 H, hvor en aktieemission skete på grundlag af fejlagtige regnskaber og U 2000.2176 H, hvor det i strid med sandheden oplystes, at en aktieemission var overtegnet.

derebringe det fornødne grundlag for kreditvurderingen, ligesom de fornødne dokumenter blev underskrevet i hjemmet.

Projekterne kuldsejlede, og investorerne krævede erstatning af det pengeinstitut, der havde finansieret projekterne. Højesteret fastslog, at projekterne led af klare mangler. Videre antog retten, at långivningen fra pengeinstituttet blev gjort til et centralt led i markedsføringen, hvilket pengeinstituttet måtte have indset. Pengeinstituttet måtte derfor regne med, at investorerne gik ud fra, at pengeinstituttet havde vurderet, at det var et lødigt projekt. Pengeinstituttet burde derfor – hvis det uanset projektets karakter ville yde lånene – i forbindelse med behandlingen af låneansøgningen have gjort investorerne opmærksom på, at det ikke havde foretaget en vurdering af investeringsprojekterne. Investorer, der ikke selv kunne bedømme risikoen ved at deltage, burde imidlertid have søgt professionel rådgivning eller i hvert fald ved henvendelse til pengeinstituttet have sikret sig, at det havde vurderet projektet. Endvidere var tabet i alt væsentligt opstået som følge af dispositioner, der var foretaget af personer, som var valgt af eller bemyndiget af investorerne. Højesteret fandt efter en afvejning af pengeinstituttets og investorerens adfærd ikke tilstrækkeligt grundlag for efter almindelige erstatningsretlige regler at pålægge pengeinstituttet erstatningsansvar for det opståede tab.

Som det fremgår af afgørelsen, antog Højesteret, at pengeinstituttet burde have gjort opmærksom på, at det ikke havde foretaget en vurdering af projektet. I det konkrete tilfælde, hvor mæglergruppen i det hele sørgede for henvendelsen til pengeinstituttet, synes det særlig begrundet. På den anden side betragtedes det som en form for egen skyld, at låntager ikke selv ved direkte forespørgsel sikrede sig, at pengeinstituttet havde foretaget en vurdering af projektet eller, at låntager ikke i øvrigt havde søgt professionel bistand. Om denne egne skyld ville være tilstrækkelig til at medføre, at pengeinstituttet ikke var erstatningsansvarligt, må efter denne afgørelse stå hen i det uvisse, da Højesterets begrundelse, som det ses, er flerleddet. Muligvis er sidste del af begrundelsen om, at tabet i alt væsentligt var opstået som følge af dispositioner, der var foretaget af personer, som var valgt eller bemyndiget af investorerne, relativt tungtvejende. Det ville forekomme mindre nærliggende at lade pengeinstituttet bære risikoen for dispositioner, som investorerne i det mindste indirekte har foretaget.

Er der særlige momenter, der kan bestyrke investors forventning om, at pengeinstituttet har kendskab til projektet, må pengeinstituttet formentlig normalt blive anset for ansvarligt. Den egne skyld vil imidlertid kunne medføre en nedsættelse af erstatningskravet. Som eksempler herpå kan nævnes U 2002.65 H og U 2002.388 H.

U 2002.65 H angik et investeringsprojekt svarende til det, der forelå i U 2000.577/2 H, og salget af projektet var foregået på samme måde. Finansieringen, der også skete ved lånoptagelse i et pengeinstitut, var imidlertid foregået ved direkte aftale mellem pengeinstituttet og kunden, og dokumenterne var underskrevet i pengeinstituttet. Pengeinstituttet, der anså projektet for mangelfuldt, havde anmodet mæglergruppen om en række oplysninger, uden at

der var opnået tilfredsstillende svar, og samarbejdet blev siden indstillet. Højesteret lagde til grund, at en investor inden underskrift af dokumenterne i pengeinstituttet på forespørgsel fra en af de ansatte havde fået oplyst, at »hun roligt kunne skrive under,« uden at det i den forbindelse blev oplyst, at pengeinstituttet ikke anså prospektet for at opfylde prospektlovens regler. Endvidere antog Højesteret, at den pågældende investor ville have afstået fra investeringen uden yderligere undersøgelser, hvis det var blevet oplyst. Investorens spørgsmål var imidlertid ikke en tilstrækkelig sikring af, at pengeinstituttet havde vurderet projektet. Pengeinstituttet ansås for erstatningsansvarligt, men under hensyn til den udviste egne skyld fastsattes erstatningen til et skønsmæssigt beløb.

Afgørelsen U 2002.388 H omhandler et tilfælde, hvor pengeinstituttet havde en mere aktiv rolle i forhold til långivningen. Direktøren for en bank henvendte sig til en erhvervsdrivende og forelagde et 10-mands-projekt, og efterfølgende blev udbudsmaterialet sendt til denne. På dette grundlag indtrådte den pågældende i et interessentskab, der havde som formål at investere i en ejendom i Tyskland. Banken ydede derefter lån til projektet. Udbudsmaterialet var imidlertid mangelfuldt, og oplysningerne om ejendommens værdi var urigtige, hvorfor projektet var underskudsgivende. Banken opsagde derfor lånet og krævede ca. 2 mio. kr. hos den pågældende. Banken ansås ikke for udbyder eller medudbyder af projektet. Henvendelserne til og finansieringen af den pågældende ansås imidlertid for en anbefaling af deltagelse i projektet. Banken ansås derfor for rådgiver. Banken fandtes ikke som rådgiver at burde have anbefalet investeringen uden enten at have foretaget en undersøgelse af projektet eller have oplyst om, at der ikke var foretaget en undersøgelse af det. Banken ansås derfor for erstatningsansvarlig. Da investor på den anden side burde have undersøgt ejendommens værdi eller have sikret sig, at banken havde vurderet grundlaget for prospektet, blev bankens krav mod investor nedsat med en tredjedel. (To dissenterende dommere, der tilsluttede sig resultatet under hensyn til påstandene, ville ikke have pålagt banken ansvar.)

Som det ses, lægges der imidlertid også i disse tilfælde vægt på, at investor burde sikre sig, at pengeinstituttet har undersøgt projektet eller på anden måde have sikret sig viden om projektets bonitet. Undladelsen medfører en nedsættelse af det erstatningskrav, der følger af pengeinstituttets manglende oplysning.<sup>27</sup>

Bekendtgørelsens § 13 indeholder en regel, hvorefter der eksisterer en vis frarådningspligt på grund af kundens økonomiske situation. Afgørelserne i

<sup>27</sup> Afgørelsen U 1993.696 H, der er kommenteret af *Jørgen Nørgaard* i U 1994B.263, angår en lidt anderledes problemstilling. I det pågældende tilfælde havde et pengeinstitut, der havde finansieret kommanditselskabet, fået transport på kommanditisters resthæftelse for indskudskapitalen. Da tegningsmaterialet var ufyldstgørende og vildledende, var kommanditisterne imidlertid ikke bundet af tegningsaftalen, hvilket slog igennem både for så vidt angik transport af fordringen efter gbl. § 27, og med hensyn til hæftelsen i forhold til kommanditselskabets kreditorer, herunder långiver. Da pengeinstituttet havde fået kendskab til det mangelfulde og vildledende grundlag inden kommanditisterne, og inden de første rater var indbetalt til selskabet og overført til pengeinstituttet, måtte disse indbetalinger tilbageføres

gruppen angår imidlertid spørgsmålet om det grundlag, der var for projektet og en manglende rådgivning derom. Det følger af de nævnte afgørelser, at pengeinstituttet havde en vis rådgivningspligt eller pligt til at orientere om, at man ikke havde undersøgt projekterne. Et lignende resultat vil sandsynligvis fås efter bekendtgørelsens § 5, stk. 2 og stk. 4 om rådgivning når omstændighederne tilsiger det eller henvisning til at søge anden rådgivning. I relation til denne gruppe vil bekendtgørelsens regler derfor næppe umiddelbart medføre særlige ændringer i praksis. Muligvis vil det dog kunne antages, at graden af egen skyld nu anses for mindre som følge af forpligtelsen i § 5, stk. 2 og stk. 4.

### *3.2. Rådgivning i forbindelse med ekspeditioner*

Når et pengeinstitut foretager ekspeditioner for en kunde, er det et spørgsmål, om pengeinstituttet uopfordret skal yde en særlig vejledning eller rådgivning. Spørgsmålet er selvsagt kun aktuelt, hvor ekspeditionen er led i et mere kompliceret forhold; ikke ved blot en simpel betalingsoverførsel eller valutaveksling, jf. også nu vejledningen herom. Tyder de oplysninger, pengeinstituttet modtager, på, at kunden befinder sig i en vildfarelse, må forholdet dog afklares – også ved ganske enkle spørgsmål. I erhvervsmæssige forhold må det typisk kunne forventes, at kunden har en vis viden om transaktioner, der følger af den normale virksomhedsdrift, hvorfor ansvar for manglende uopfordret rådgivning eller vejledning vanskeligere kommer på tale i sådanne tilfælde end i tilfælde, hvor transaktioner foretages uden for erhvervsforhold.<sup>28</sup>

Transaktioner, hvor pengeinstituttet medvirker, vil kunne være i forbindelse med handel med fast ejendom, hvor pengeinstituttet medvirker ved deponering af beløb, der er en del af eller hele den kontante udbetaling, eventuelt tillige långivning til den kontante udbetaling og hjemtagelse af kreditforeningslån, eventuelt i forbindelse med indfrielse af bestående lån. Det vil også kunne være en såkaldt almindelig omprioritering eller optagelse af lån mod sikkerhed i en fast ejendom. Kunden vil ofte ikke have særlig indsigt i dispositioner af den pågældende art, hvorimod pengeinstituttet i kraft af sin regelmæssige medvirken ved sådanne transaktioner har et særligt kendskab dertil. I forbindelse med kreditforeningslån vil det navnlig kunne være spørgsmålet om kursrisiko, der kan give anledning til problemer. I det omfang det var kunden, der bar kursrisikoen, måtte det formentlig anses for culpøst, hvis

<sup>28</sup> U 1995.160 H, hvor der var blevet oplyst om, hvad der var foretaget med henblik på at undersøge, om en tysk check ville blive honoreret, U 1997.363/2 H, (der er udeladt) hvor der ikke i et erhvervsmæssigt forhold var foretaget fejlekspeditioner og U 1982.907, hvor der var ansvar for unødvendig og langvarig betalingstransaktion.

pengeinstituttet undlod at oplyse om muligheden for kurssikring, samt hvad det indebar. Denne opfattelse støttes bl.a. af U 1998.1215.

I U 1998.1215 havde købernes pengeinstitut, der skulle låne køberne et beløb til den kontante udbetaling på en ejendom, haft en slutseddel til gennemsyn. Efter slutsedlen skulle ejerskiftelån som kontantlån optages af sælger, der skulle oppebære provenuet. Det var anført i slutsedlen, at sælger var gjort opmærksom på muligheden for kurssikring. Endvidere fremgik det af det skødet, at renten var anslået. Dette fremgik imidlertid ikke klart af salgsopstillingen eller slutsedlen. Inden kontantlånet var blevet hjemtaget, var kontantlånsrenten steget, hvilket efter en fortolkning af købsaftalen bevirkede, at ejendommen blev dyrere for køberne. Pengeinstitutankenævnet antog med dissens, at det ikke var en fjertliggende mulighed, at meningen var, at køberne skulle bære kursrisikoen. Det var derfor en fejl fra pengeinstituttets side, at man ikke havde søgt spørgsmålet afklaret med mægleren eller advokaten, men blot havde lagt til grund, at sælger bar kursrisikoen og følgelig ikke havde drøftet spørgsmålet om kurssikring med køberne. På dette grundlag ansås pengeinstituttet for ansvarligt for kurstab opstået indtil det tidspunkt, køberne blev klar over, at de bar denne risiko. Landsretten antog imidlertid, at pengeinstituttets medarbejdere havde haft føje til at tro, at sælger bar kursrisikoen, hvorfor der ikke var begået en ansvarspådragende fejl.

Det synes at følge af landsrettens begrundelse, at man ville have nået samme resultat som pengeinstitutankenævnet, hvis medarbejderen i pengeinstituttet burde have indset, at det var kunden, der bar kursrisikoen. Noget andet er, at landsretten tilsyneladende ikke stillede store krav til pengeinstitutmedarbejderens professionalisme i relation til ejendomshandel, idet det så vidt vides var ganske almindeligt, at køberne bar kursrisikoen trods slutsedlens uheldige indhold i denne henseende.

Spørgsmålet om rådgivning kunne for så vidt også tænkes at vedrøre spørgsmålet om et låns løbetid i forhold til kundens langsigtede økonomi, fx fordi kunden havde en alder, der gjorde, at vedkommende måtte forventes at være pensioneret længe inden, lånet var indfriet, og vedkommende ikke i øvrigt havde en økonomi eller en pensionsordning, der gjorde det sandsynligt, at vedkommende fortsat kunne betale ydelserne på lånet efter opnået pensionsalder. Efter de hidtidige regler ville det imidlertid næppe være culpøst at undlade at fremdrage dette spørgsmål uopfordret.

Spørgsmålet om ansvar i forbindelse med ekspeditioner har tillige foreligget i forbindelse med fejlregninger af provenu ved omprioriteringer. I det omfang beregningerne ikke har været afgørende for, om man ønsker at omprioritere, eller for valget af lån, vil der imidlertid vanskeligt kunne opstå et tab i traditionel formueretlig forstand, hvorfor der ikke kan kræves erstatning efter almindelige formueretlige regler trods en udvist culpa fra pengeinstituttets side. Som eksempel herpå kan nævnes U 1995.545.

I U 1995.545 havde et pengeinstitut begået fejl ved rådgivning i forbindelse med omprioritering, idet man fejlagtigt havde oplyst, at terminsydelserne på det gamle lån ville blive betalt af omprioriteringsprovenuet. Det fandtes ikke godtgjort, at kunderne havde lidt noget tab derved, og der fandtes ikke at være hjemmel til at tilkende godtgørelse for ulempe.

Som det ses, vedrører sidste led af den refererede afgørelse spørgsmålet om erstatning for ulempe. Sådant godtgørelse antoges ikke at kunne tilkendes uden særlig hjemmel. Afgørelsen er på dette punkt helt i overensstemmelse med Højesterets afgørelse i den såkaldte løbetidssag i U 1996.200/2 H, der er omtalt nedenfor.

Som det ses indebærer retspraksis, at der skal ydes en vis rådgivning på eget initiativ i forbindelse med ekspeditioner, når omstændighederne begrunder det. Omfanget af denne pligt må dog anses for meget usikker. Det følger nu af § 5, stk. 2, at den finansielle virksomhed af egen drift skal yde rådgivning, hvor omstændighederne tilsiger, at der er et behov for det, eller henvise kunden til at søge anden rådgivning. Selvom omfanget af rådgivningspligten ifølge § 5 er mindre sikkert, kan det dog have en vis betydning, at det nu klart fremgår af bekendtgørelsen, at der eksisterer en sådan pligt. Specielt når en disposition vil have langsigtede konsekvenser, som kunden ikke må formodes at kunne klare på længere sigt, vil det kunne komme på tale at anse manglende rådgivning for at være culpøs. Det er dog ikke givet, at de nævnte afgørelser ville have fået et andet resultat efter bekendtgørelsens fastsættelse af pligten.<sup>29</sup> Men specielt for tilfælde, hvor kundens formodede langsigtede økonomi ikke forventes at kunne klare dispositionen, kan der muligvis nu antages at være tale om en skærpelse af rådgivningsforpligtelsen.

Uopfordret rådgivning forudsætter selvsagt, at medarbejderne i pengeinstituttet har en passende viden på området. Dette må normalt forudsætte, at de har et generelt kendskab til de områder, de er beskæftigede med. Dette gælder særligt i relation til finansielle forhold, medens det kun gælder i begrænset omfang i relation til skattemæssige forhold og i relation til de såkaldte samspilsproblemer med offentlige ydelser, hvor der kan henvises til anden rådgivning. Men med den nok begrænsede indsigt, som landsretten forudsatte i U 1998.1215, vil der fortsat kunne være problemer med hensyn til rådgivningspligt om kurssikring.

<sup>29</sup> Afgørelsen U 1995.160 H, der er nævnt i note 28, er et eksempel, hvor det kunne overvejes, om man ikke i et erhvervsforhold uopfordret på baggrund af § 5 burde oplyse om, at den meddelte oplysning ikke gav sikkerhed for, at man rent faktisk ville modtage checkbeløbet.

### 3.3 Afsætning af egne eller koncernens produkter

Ved afsætning af pengeinstituttets egne produkter gives der normalt oplysninger om produktet.<sup>30</sup> For så vidt angår lån, følger dette af de almindelige regler i kreditaftaleloven om kreditgivers oplysningspligt. En fejlagtig oplysning om renten medfører, at det kun er den oplyste rente, der kan kræves, hvis denne er lavere end den tilsigtede, jf. kreditaftalelovens § 9 og § 23. Derimod kan en fejlagtig oplysning om løbetiden, selv om den er culpøs, næppe medføre ansvar for pengeinstituttet, idet der normalt ikke opstår et tab i sædvanlig formueretlig forstand ved, at låntageren skal tilbagebetale det lånte beløb med tillæg af den oplyste rente, jf. U 1996.200/2 H, der fortsat må anses for gældende.

U 1996.200/2 H<sup>31</sup> er den såkaldte løbetidssag. I dette tilfælde havde pengeinstituttet givet en fejlagtig oplysning om løbetiden af et lån med en given månedlig ydelse, idet der ikke var taget hensyn til, at der kun skulle betales 10 månedlige ydelser om året. Højesterets flertal fandt ikke, at der ved fejlen var opstået et tab, der kunne kræves erstattet efter almindelige erstatningsretlige regler, og at der ikke var hjemmel for ydelse af erstatning for skuffede forventninger.

Afgørelsen U 1997.1698 H ligger i forlængelse heraf. I et tilfælde, hvor ydelsen på et variabelt forrentet lån ikke fuldt ud blev sat op med et til rentestigningen svarende beløb, antoges låntager at have accepteret, at løbetiden blev længere end oprindeligt forudsat.

Efter de hidtidige regler kunne der næppe antages at bestå en pligt til uopfordret at rådgive om andre låneformer, der var mere fordelagtige for kunden. Givetvis har der ikke været pligt til at oplyse om, at der kunne opnås mere fordelagtige vilkår hos konkurrenterne.

I nogle tilfælde har pengeinstitutter ydet lån til investering i værdipapirer eller valutaspekulation gennem pengeinstituttet. Ved sådan långivning må der formentlig have kunnet stilles krav om, at pengeinstituttet, når der var tale om privatpersoner, der kendeligt var uden kendskab til risikoen, gav en vis vejledning derom. Derimod må det anses for tvivlsomt, om der generelt har været en pligt til rådgivning om risikoen, når kundens forhold ikke gav særlig anledning dertil.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> U 2004.92 H angik en banks salg af pantebrev til et investeringsselskab, i hvilken forbindelse banken undlod at oplyse om, at sælgeren af ejendommen havde måttet kautionere for det foranstående kreditforeningslån som følge af køberens (debitors) manglende kreditværdighed.

<sup>31</sup> Dommen er kommenteret af *Walsøe*: U 1996 B s.199. Byrettens og landsrettens domme er optrykt i U 1994.219.

<sup>32</sup> Jf. herved afgørelsen U 2002.1479 H om lån til valutaspekulation, hvor det ikke blev anset for bevist, at der var handlet i strid med instruktionerne, U 2000.2210 H om valuta-

Der foreligger en enkelt trykt afgørelse om vejledning eller oplysning i forbindelse med afsætning af øvrige koncernselskabers produkter, nemlig U 1998.643.

I U 1998.643 var forholdet det, at der som betingelse for at opnå et lån i et pengeinstitut blev stillet krav om, at kunden skulle tegne en erhvervsevnetabsforsikring, der tillige omfattede ulykkesdækning. Kunden mødte op i pengeinstitutet med et forsikringstilbud. Efter forslag fra pengeinstitutet tegnede kunden en erhvervsevnetabsforsikring i dette, idet han fik oplyst, at det kunne være lige så godt og samtidig billigere. Kunden kom senere til skade, hvorved han mistede synet på det ene øje. Denne skade var ikke dækket af den tegnede forsikring. Retten fandt det sandsynliggjort, at der ville være blevet udløst en erstatning på 200.000 kr., hvis forsikringen var blevet tegnet efter det konkurrerende forsikringstilbud. Da kunden ikke var blevet vejledt om forskellene mellem de to forsikringer, dømtes pengeinstitutet til at betale en erstatning på 200.000 kr.

Som det fremgår, lagde landsretten vægt på, at kunden ikke var blevet oplyst om forskellene mellem de to forsikringer. En detaljeret gennemgang af forskelle mellem to sæt forsikringsbetingelser kan kræve en endog betydelig indsats. Det forekommer næppe ofte, at der fra forsikringsselskabers side ved afgivelse af tilbud på forsikringer gives en detaljeret gennemgang af forsikringsbetingelserne set i forhold til et tilbud fra et andet forsikringsselskab, i hvert fald ikke hvis dækningen er mere omfattende efter det andet selskabs betingelser. Det kan ej heller antages, at der skal foretages en detaljeret gennemgang, idet det ved udlevering af forsikringsbetingelser må kunne overlades til kunden at foretage en nærmere sammenligning. I det pågældende tilfælde var der imidlertid tale om en forsikring med en markant anderledes dækning, der i relation til pengeinstitutets ønske om sikkerhed kunne være lige så godt som det konkurrerende tilbud i den forstand, at det opfyldte de krav, som pengeinstitutet stillede til sikkerheden. At pengeinstitutets krav blev opfyldt ved den tegnede forsikring var imidlertid ikke set fra kundens side ensbetydende med, at forsikringerne kunne være lige gode. Set i det perspektiv er det rimeligt, at der også stilles krav om oplysning om markante dækningsforskelle i de to forsikringstyper eller, at det præciseres, at der kan være forskelle, som man ikke lægger vægt på i relation til kreditgivningen.

Det forhold, at der afsættes ydelser fra et andet selskab i koncernen, påvirker næppe oplysningspligten. I relation til kunden synes det ikke begrundet at ændre kravene til oplysningspligt som følge af den valgte koncernstruktur. I

---

terminsforretninger, hvor der ikke antoges at være tale om mangelfuld rådgivning, U 1999.1329 H, hvor der ikke antoges at være tale om mangelfuld rådgivning, og hvor der ikke var handlet uforsvarligt og U 1990.65 H om personlig hæftelse for spekulationsforretning.



modsat fald ville man få den uacceptable retstilstand, at man kunne ændre på kravene til oplysningspligt ved at ændre koncernstruktur.

Af bekendtgørelsen følger der nu en udtrykkelig pligt til, at rådgivningen skal tilgodese kundens interesser og give kunden et godt grundlag for at træffe en beslutning. Rådgivningen skal tage udgangspunkt i kundens økonomiske forhold. På *dette* punkt er det et spørgsmål, om ikke bekendtgørelsen lovfæster, hvorledes der allerede ageres i praksis, idet rådgivningen typisk har været givet ud fra kundens økonomiske forhold.

Det forhold, at den finansielle virksomhed skal anmode kunden om at oplyse om bl.a. dennes erfaring med de relevante finansielle ydelser, kan have betydning for omfanget af den rådgivning, pengeinstituttet skal yde, idet man ikke blot kan gå ud fra, at kunden har en tilstrækkelig indsigt i den pågældende transaktion. Ved lån til investering i forskellige former for værdipapirer, må det nu kunne antages, at det vil være i strid med bekendtgørelsen og dermed formentlig også culpøst, hvis pengeinstituttet ikke sikrer sig, at kunden har erfaring med de pågældende produkter, eller ikke oplyser om de risici, der er forbundet dermed. En lignende forpligtelse følger tillige af kapitel 8, hvis pengeinstituttet virker som værdipapirhandler. I tilfælde af manglende oplysning derom, vil det formentlig ofte kunne antages, at kunden ville have afstået fra dispositionen, hvis denne var blevet rådgivet om risikoen. Når det er tilfældet, vil der typisk kunne blive tale om erstatningsansvar for den manglende rådgivning, og i sådanne tilfælde kan det være vanskeligt at antage, at der er tale om egen skyld. Muligvis vil bekendtgørelsen på dette punkt medføre en skærpelse af erstatningsansvaret.

#### **4. Afsluttende bemærkninger**

Bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder fastsætter en række krav i forbindelse med den rådgivning, der gives eller skal gives af pengeinstitutter. Reglerne skal navnlig sikre, at der gives kunden et godt beslutningsgrundlag for dennes dispositioner, og at der findes skriftligt materiale i relation til den stedfundne rådgivning. Sidstnævnte vil have særlig betydning som bevissikring i relation til det passerede.

Tilsidesættelse af disse regler har ikke umiddelbart direkte konsekvenser i retsforholdet mellem pengeinstituttet og kunden. Det forhold, at reglerne nu er fastsat i bekendtgørelsen vil imidlertid kunne medføre, at overtrædelse af disse normer oftest vil kunne anses for culpøst. Om en ændret culpanorm på området vil have betydning for den enkelte kundes mulighed for konkret at opnå erstatning er derimod ikke umiddelbart givet. Det vil der kun være i det omfang, der efter almindelige formueretlige regler kan bevises et tab, hvilket fx ikke giver grundlag for erstatning for skuffede forventninger. I øvrigt må

det anses for tvivlsomt om en tilsidesættelse af reglerne i sig selv vil være udtryk for så grov en culpa, at det kan begrunde en lempelse af beviset for tabets størrelse, jf. herom U 2000.521 H.

Særlig på to punkter synes fastsættelse af reglerne i en bekendtgørelse imidlertid at kunne have særlig betydning. Den særlige pligt til at give rådgivning eller henvise til anden rådgivning vil formentlig kunne have den betydning, at det kan være vanskeligere at lægge stor vægt på egen skyld i tilfælde, hvor en kunde har befundet sig i en vildfarelse med hensyn til bankens kendskab til bestemte projekter og ikke har søgt anden rådgivning. Endvidere synes kravet om skriftligt grundlag at måtte begrænse antallet af tilfælde, hvor der er bevismæssig tvivl om det passerede. Er der ikke et sådant grundlag, må det formodes, at det ofte vil kunne komme pengeinstituttet til skade.

# Moms ved byggearbejder med henblik på salg

af

*Susanne Pedersen og Kaj Ramsløv*

## 1. Indledning

Højesteret afsagde den 6. marts 2003 dom i en sag om byggemoms. Sagen drejede sig om, hvorvidt et byggearbejde kunne anses for at være udført for fremmed regning, og dermed omfattet af momslovens § 4, eller byggearbejdet var udført for egen regning og dermed omfattet af momslovens § 6. Dommen er refereret i TfS 2003,321. Højesteret stadfæstede Vestre Landsret dom<sup>1</sup> og afgjorde dermed, at et byggeprojekt i Thisted var udført for fremmed regning med det resultat, at byggevirksomheden fik forhøjet momstilsvaret med 315.000 kr.

Afgørelsen har været en inspirationskilde til *emnet* for denne artikel "Moms ved byggearbejder med henblik på salg". En gennemgang af praksis på området for byggeri, som ikke klart er byggeri for fremmed regning, synes at tegne et mønster, hvor bygherrene/byggevirksomhederne ønsker byggeriet kvalificeret som byggeri for egen regning, mens told- og skattemyndighederne modsat søger at statuere byggeri for fremmed regning.<sup>2</sup>

Det er derfor *formålet* med denne artikel at afdække, hvorvidt og i givet fald hvilke særlige momsmæssige fordele, der vil være knyttet til, at et byggeri bliver kvalificeret som byggeri for egen regning frem for byggeri for fremmed regning.

Ved udelukkende i artiklen at fokusere på moms ved byggearbejder med henblik på salg, er der samtidig foretaget en *afgrænsning* af emnet i relation til moms ved byggearbejder med henblik på udlejning. Ligeledes er emnet afgrænset i relation til de situationer, hvor en virksomhed for egen regning lader bygninger opføre til virksomhedens brug, eller som udfører ombygnings- eller moderniseringsarbejder på egne eller lejede bygninger til virk-

<sup>1</sup> Refereret i TfS 2002,584 V.

<sup>2</sup> Se udover ovenfor anførte højesteretsdom f.eks. også TfS 1988,624 H (fremmed regning) og TfS 1988,255 Ø (egen regning).

somhedens brug. Endvidere vil de særlige udtagningsregler i momslovens § 5 stk., 4 ikke blive nærmere belyst.<sup>3</sup>

Artiklen er disponeret således, at der i afsnit 2 redegøres for reglerne i momslovens § 4 om byggeri for fremmed regning, og i afsnit 3 redegøres der for reglerne i momslovens § 6 om byggeri for egen regning. I afsnit 4 gennemgås sondringen mellem byggeri for fremmed regning og egen regning. Derefter gennemgås i afsnit 5 reglerne om opgørelse af momsgrundlaget m.v., og endelig indeholder afsnit 6 nogle afsluttende betragtninger.

## 2. Byggeri for fremmed regning

### 2.1 Hovedreglen i momslovens § 4

Momslovens § 4 indleder i stk. 1 med at bestemme, at der skal betales moms<sup>4</sup> af varer og ydelser, der *leveres mod vederlag* her i landet. Der gives ikke andre muligheder end levering af varer eller ydelser, idet bestemmelsen i andet og tredje punktum definerer begrebet *levering af varer* som overdragelse af retten til som ejer at råde over et materielt gode, mens *levering af ydelser* omfatter enhver anden levering.

Artikel 5, stk. 1 i sjette direktiv<sup>5</sup> bestemmer tilsvarende, at *levering af et gode*<sup>6</sup> skal forstås som overdragelse af retten til som ejer at råde over et materielt gode. I SAFE-dommen<sup>7</sup> fik EF-domstolen blandt andet lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet, hvorvidt den momsretlige overdragelse af råderetten over en vare forudsatte en civilretlig overdragelse af ejendomsretten til det pågældende gode. Domstolen anførte<sup>8</sup>, at begrebet *levering af et gode* ikke vedrører overdragelsen af ejendomsret i de efter gældende national ret<sup>9</sup> fastsatte former, men at begrebet omfatter enhver form for overdragelse af et materielt gode foretaget af en person, som bemyndiger en anden person til som ejer at råde over godet. Domstolen konkluderede herefter i præmis 9, at overdragelsen af retten til som ejer at råde over et materielt gode må an-

<sup>3</sup> Interesserede henvises til *Susanne Pedersen: Skat og moms af værdi af eget arbejde*, TfS 2003,454.

<sup>4</sup> Momsloven anvender udtrykket afgift for merværdiafgiften (momsen). Artiklen vil så vidt muligt tilstræbe kun at anvende betegnelsen moms.

<sup>5</sup> Rådets sjette direktiv af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag, direktiv 77/338/EØF, herefter sjette direktiv.

<sup>6</sup> Sjette direktiv anvender betegnelserne goder og tjenesteydelser, momsloven anvender de tilsvarende betegnelser varer og ydelser. I artiklen vil herefter udelukkende betegnelserne i momsloven blive anvendt.

<sup>7</sup> Dom af 8. februar 1990 sag 320/88.

<sup>8</sup> Præmis 7.

<sup>9</sup> Sagen var forelagt EF-domstolen af de nederlandske myndigheder (Staatssecretaris van Financiën).

ses for *levering af et gode*, selv om der ikke foreligger nogen overdragelse af den civilretlige ejendomsret til godet.

Med hensyn til ydelser supplerer sjette direktiv art. 6, stk. 1 med nogle eksempler til afgrænsning af ydelsesbegrebet ved at nævne 1) overdragelse af et immaterielt formuegode, uanset om fordringen på godet er skriftlig eller ikke, 2) en forpligtigelse til at undlade noget eller til at tåle en handling eller en tilstand og 3) udførelsen af en tjenesteydelse i henhold til et pålæg fra det offentlige eller på dettes vegne eller ifølge lov.

Pligten til at betale moms forudsætter dog, at leveringen foretages af en momspligtig person. Momspligtige personer er juridiske eller fysiske personer, der driver selvstændig økonomisk virksomhed, og som optræder i denne egenskab.<sup>10</sup>

Dette betyder, at der indtræder momspligt efter § 4 af en transaktion, når følgende betingelser alle er til stede: 1) der skal ske levering af en vare eller en ydelse, 2) der skal betales et vederlag for leveringen, 3) leveringen skal foretages af en momspligtig person, der optræder i denne egenskab, og endelig 4) skal leveringen have leveringssted i Danmark og dermed følger, at beskatningen skal finde sted i Danmark.

For at leveringen resulterer i betaling af moms til den danske stat, er det en yderligere betingelse, at den pågældende vare eller ydelse ikke er omfattet af fritagelsesbestemmelserne i momslovens § 13 stk. 1. Således er eksempelvis levering af fast ejendom<sup>11</sup> omfattet af fritagelsesbestemmelserne.<sup>12</sup> Som fast ejendom anses udover selve grundstykket og bygningerne også bygningstilbehør, som er fast anbragt på grunden eller bygningen, træer, avl på roden, hegn, brønde og andre anlæg på grunden eller bygningen. Med hensyn til bygningstilbehøret lægges vægt på, om dette er omfattet af pant i fast ejendom, jf. tinglysningslovens § 38.

Det er kun selve leveringen af fast ejendom, der er omfattet af fritagelsesbestemmelserne.<sup>13</sup> Anderledes forholder det sig, hvor en byggevirksomhed for en bygherres regning forestår opførelse af bygninger eller for bygherrens regning udfører ombygnings- eller moderniseringsarbejder på en fast ejendom. Dette kan ske med henblik på, at bygherren selv ønsker at benytte den faste ejendom, eller efter opførelsen henholdsvis ombygnings- eller moderniseringsarbejdet ønsker at viderelevere den faste ejendom til en køber. Da

<sup>10</sup> Jf. momslovens § 3, stk. 1. Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med art. 2, stk. 1 i sjette direktiv, der bestemmer, at moms pålægges levering af goder og tjenesteydelser, som mod vederlag foretages i indlandet af en momspligtig person, der optræder i denne egenskab.

<sup>11</sup> Jf. momsvejledningen 2004-3 D.2.2 og D.11.9.

<sup>12</sup> Jf. momslovens § 13, stk. 1, nr. 9. Momslovens § 13, stk. 1, nr. 8 fritager administration, udlejning og bortforpagtning af fast ejendom for moms.

<sup>13</sup> Der skal derimod betales moms af formidlingsydelser i forbindelse med levering af fast ejendom.

byggevirksomheden vil være en momspligtig person i henhold til momslovens § 3, vil leveringen af og vederlaget for disse ydelser og de materialer, som anvendes i forbindelse med disse ydelser, være momspligtige efter momslovens hovedregel i § 4 om momspligtige transaktioner. Momspligten ved byggeri for egen regning er nærmere belyst i afsnit 3.

### *2.2 Leveringsstedet er her i landet*

Som nævnt ovenfor betales der moms af varer og ydelser, der leveres mod vederlag her i landet. Betingelsens sidste led vil være opfyldt, så længe den faste ejendom er beliggende i Danmark. Momslovens § 17 bestemmer således, at leveringsstedet for ydelser er i Danmark, når ydelserne vedrører en fast ejendom, der er beliggende her i landet. Af ordlyden i momslovens § 17 fremgår det, at der først og fremmest tænkes på arbejdsydelser af håndværksmæssig karakter enten på eller i relation til den faste ejendom, men det fremgår endvidere, at også ydelser fra ejendomsmæglere, ejendoms-handlere og sagkyndige samt arkitekters og tilsynsførendes ydelser vedrørende forberedelse eller samordning af byggearbejder er omfattet af bestemmelsen.<sup>14</sup>

Hvor ydelserne i momslovens § 17 vedrørende fast ejendom er knyttet til en konkret fast ejendom, kan der også knytte sig ydelser af mere generel karakter til opførelse af bygninger eller ombygnings- og moderniseringsarbejder på fast ejendom. Som eksempel kan nævnes rådgivning fra revisor eller advokat til potentielle købere af ejerlejligheder eller parcelhuse i et boligprojekt beliggende her i landet. Sådant form for rådgivning vil ikke være omfattet af momslovens bestemmelser i § 17 vedrørende konkrete ejendomme, men derimod af reglerne om rådgivningsydelser i momslovens § 15 stk. 2-4. Så længe revisoren eller advokaten har etableret sin økonomiske virksomhed eller har et fast forretningssted i Danmark, vil rådgivningsydelserne også være momspligtige i Danmark.

### *2.3 Leveringsstedet er ikke her i landet*

Omvendt følger det af momslovens § 17, 2. pkt., at leveringsstedet for de i § 17 omhandlede ydelser, ikke er i Danmark, hvis den faste ejendom er beliggende i udlandet. I så fald flyttes leveringsstedet til det sted i udlandet, hvor den faste ejendom er beliggende, således at opførelse af bygninger eller ombygnings- og moderniseringsarbejder bliver momspligtige i det pågældende udland i henhold til landets nationale momslovgivning. En dansk byggevirksomhed, der ønsker at levere ydelser nævnt i momslovens § 17 i et andet EU-land, skal således lade sig momsregistrere i det pågældende EU-land og betale moms efter det pågældende EU-lands nationale momslovgivning.

<sup>14</sup> Opremsningen er ikke udtømmende.

Tilsvarende vil en byggevirksomhed etableret i udlandet, og som ønsker at levere ydelser nævnt i momslovens § 17 i Danmark, skulle lade sig momsregistrere i Danmark og betale moms efter den danske momslovgivning

Ydelser, der leveres fra udlandet til Danmark, og som ikke vedrører en konkret fast ejendom, men som er af mere generel karakter<sup>15</sup> behandles momsretligt forskelligt afhængig af bygherrens/bygevirksomhedens henholdsvis ydelsesleverandørens forhold. Her skal blot nævnes to tilfælde, hvor leverandøren af rådgivningsydelser i begge tilfælde driver økonomisk virksomhed i et andet EU-land, og hvor aftageren er en momspligtig person henholdsvis en ikke-momspligtig person i Danmark. I det første tilfælde leverer eksempelvis en tysk revisor rådgivning til en byggevirksomhed i Danmark vedrørende et byggeprojekt i Danmark. Her vil leveringsstedet være Danmark, og leveringen bliver momspligtig efter momslovens § 15, stk. 2, nr. 3 og pålægges 25 pct. dansk moms. Er aftageren af den økonomiske rådgivning derimod en privat bygherre (en ikke-momspligtig person), er leveringsstedet i stedet der, hvor leverandøren driver sin økonomiske virksomhed, jf. momslovens § 15, stk. 2, 1. pkt. Dette betyder, at den økonomiske rådgivning til den private bygherre skal tillægges moms efter de tyske momsregler, hvor momssatsen er på 16 pct.

### 3. Byggeri for egen regning

#### 3.1. Formål med reglerne

For at undgå konkurrenceforvriddning mellem byggeri for egen regning og byggeri for fremmed regning er der i momslovens §§ 6 og 7 indsat særlige bestemmelser om moms i forbindelse med byggeri for egen regning – den såkaldte »pålægsmoms«, i nærværende artikel fremover betegnet som byggemomsreglerne. Begrundelsen for reglerne er, dels at levering af fast ejendom er fritaget for moms, jf. momslovens § 13, stk. 1, nr. 9, og dels at man vil imødegå, at en bygherre vil kunne undgå at betale moms ved selv at forestå byggearbejdet frem for at entrere med en fremmed håndværksmester, hvor han vil modtage en regning på byggearbejdet tillagt moms.<sup>16</sup>

Byggemomsreglerne skal således sikre, at der også betales moms ved byggeri for egen regning – også selvom bygherren i øvrigt ikke driver virksomhed inden for byggebranchen.

Momslovens § 6 omfatter byggearbejder med henblik på salg eller udlejning, og momslovens § 7 omfatter byggearbejder til virksomhedens eget brug. Henset til denne artikels emne og afgrænsning vil alene reglerne i

<sup>15</sup> Eksempelvis økonomisk eller juridisk rådgivning i relation til et byggeprojekt.

<sup>16</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.1 og *Flemming Lind Johansen, Niels Henrik Pedersen og Søren Engers Pedersen: Moms 3 – Momspligtig værdi*, Forlaget Thomson 2001, s. 97 (herefter citeret *Flemming Lind Johansen m.fl.: Moms 3*).

momslovens § 6 blive gennemgået. Nærmere om reglerne i momslovens § 7 kan henvises til den i noten anførte litteratur.<sup>17</sup>

### 3.2. Momspligten efter momslovens § 6

#### 3.2.1. Hvilke byggearbejder er omfattet af momspligten

Reglerne i momslovens § 6 omfatter som nævnt byggearbejder for egen regning med henblik på salg eller udlejning<sup>18</sup>. Det vil sige, at der foreligger momspligt efter momslovens § 6 i følgende tilfælde:

- *Opførelse* på egen, lejet eller lejers grund af bygninger til salg eller udlejning
- *Opførelse* på egen, lejet eller lejers grund af bygninger til privat brug for virksomhedens indehaver, når opførelsen sker med henblik på salg som led i næring eller erhvervmæssig udlejning
- *Udførelse af ombygnings- eller moderniseringsarbejde* på egne eller lejede bygninger med henblik på salg eller udlejning
- *Udførelse af ombygnings- eller moderniseringsarbejde* på egne eller lejede bygninger til privat brug for virksomhedens indehaver, når ombygnings- eller moderniseringsarbejdet sker med henblik på salg som led i næring eller erhvervmæssig udlejning
- *Udførelse af reparations- eller vedligeholdelsesarbejde* til en samlet værdi af mere end 75.000 kr. årligt på egne eller lejede bygninger med henblik på salg eller udlejning. Dette gælder også arbejde udført den 1. januar 2003 eller senere til privat brug for virksomhedens indehaver, når reparations- og vedligeholdelsesarbejdet sker med henblik på salg som led i næring eller erhvervmæssig udlejning.<sup>19</sup>

#### *Opførelse af bygninger til salg*

Ved opførelse af bygninger forstås nyopførelse af bygninger. Momspligten omfatter selve byggearbejdet, herunder også byggemodning af egen eller lejet grund. Til byggearbejde henføres alle former for håndværksarbejde – som f.eks. tømrer-, murer-, maler-, VVS- og elektrikerarbejde. Derudover er

<sup>17</sup> Nærmere om momslovens § 7 se: Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.2, *Flemming Lind Johansen m.fl.*: Moms 3 s. 102 f., *Dennis Ramsdahl Jensen*: Momspligtige transaktioner, kapitel 3.4.3, Momskartoteket, Magnus Informatik A/S, april 2004 (herefter citeret: *Dennis Ramsdahl Jensen*: Momspligtige transaktioner), *Lars Loftager Jørgensen, Børge Aagaard Pedersen og Lars Rasmussen*: Momsloven med kommentarer og EU- henvisninger kapitel 3 § 6 samt afsnit III Byggemoms, 4. udgave, Forlaget Thomson 2002 (herefter citeret: *Lars Loftager Jørgensen m.fl.*: Momsloven med kommentarer).

<sup>18</sup> Nærværende artikel har fokus på de momsmæssige regler ved byggearbejder med henblik på salg. Udlejning nævnes således blot i dette afsnit for fuldstændighedens skyld, men vil i øvrigt ikke blive yderligere behandlet.

<sup>19</sup> Reglen er indsat i forbindelse med lov nr. 1064 af 17/12 2002. Se hertil også *Susanne Pedersen*: Skat og moms af værdi af eget arbejde, TfS 2003,454.



projekteringsarbejde i forbindelse med byggearbejdet – typisk i form af arkitekt- og ingeniørarbejde – omfattet af momspligten.<sup>20</sup> Selvom byggeriet ikke bliver igangsat, men der er udført projekteringsarbejde i form af arkitekt- og/eller ingeniørydelser, vil der foreligge momspligt heraf.<sup>21</sup> Derimod er advokat- og ejendomsmæglerarbejde, som virksomheden eventuelt selv måtte udføre i forbindelse med byggearbejdet med henblik på salg eller udlejning ikke omfattet om momspligten.<sup>22</sup>

Bestemmelsen finder kun anvendelse for bygninger, hvorimod opførelse af f.eks. hegn eller parkeringsarealer ikke er omfattet. Sådanne opførelser kan være momspligtige efter udtagningsbestemmelsen i momslovens § 5, stk. 4, såfremt det sker til formål, der er den registreringspligtige virksomhed uvedkommende.<sup>23</sup>

#### *Ombygnings- eller moderniseringsarbejde ctr. reparations- og vedligeholdelsesarbejde på bygninger med henblik på salg*

Ombygnings- og moderniseringsarbejder skal afgrænses overfor reparations- og vedligeholdelsesarbejder, idet der er forskel i omfanget af momspligten på de nævnte typer af arbejder.

Afgørende ved afgrænsningen mellem ombygnings- og moderniseringsarbejde på den ene side og reparations- og vedligeholdelsesarbejde på den anden side er, om bygningens oprindelige standard eller anvendelighed ændres. I momsvejledningen nævnes indlæggelse af centralvarme og udskiftning af almindelige vinduer med termovinduer som eksempler på ombygning eller modernisering, hvorimod maling af facader og vinduer samt udskiftning af tag og tagrender ved anvendelse af samme materialestandard nævnes som eksempler på reparation eller vedligeholdelse.<sup>24</sup> Afgørende er således, om bygningen efter arbejdet sættes i en bedre stand, end den var ved erhvervelsen, eller om bygningen ved arbejdet blot bringes i samme stand.<sup>25</sup>

Ombygnings- og forbedringsarbejder er fuldt ud momspligtige arbejder omfattet af momslovens § 6.

Udgangspunktet ved reparations- og vedligeholdelsesarbejde er derimod, at der ikke foreligger momspligt efter momslovens § 6.<sup>26</sup> Reparations- og

<sup>20</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.2.2.

<sup>21</sup> Jf. Momsnævnets afgørelse nr. 442/76.

<sup>22</sup> Jf. *Dennis Ramsdahl Jensen*: Momspligtige transaktioner kapitel 3.4.2.3.

<sup>23</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.2.2.

<sup>24</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.2.3 og Q.1.4.2.4.

<sup>25</sup> Denne sondring må antages at svare til sondringen forbedring ctr. vedligeholdelse inden for skatteretten. Se f.eks. *Aage Michelsen m.fl.*: Lærebog om indkomstskat s. 222 ff., 10 udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003.

<sup>26</sup> Der vil dog kunne foreligge momspligt af udtagne varer og ydelser efter udtagningsbestemmelserne i momslovens § 5, stk. 4, såfremt der er tale om reparations- og ved lige-

vedligeholdelsesarbejde til en samlet værdi af mere end 75.000 kr. årligt (eksklusiv moms) sidestilles dog med ombygnings- og moderniseringsarbejde, jf. momslovens § 6, stk. 1, 3. pkt. Det betyder, at såfremt den samlede værdi af den momspligtige persons reparations- og vedligeholdelsesarbejde for egen regning på egne eller lejede bygninger i løbet af regnskabsåret overstiger 75.000 kr., skal *hele beløbet* indgå i momsgrundlaget. Baggrunden for bestemmelsen er, at f.eks. viceværter/ejendomsinspektører og ansatte håndværkere i udlejningsejendomme ikke omgår momspligten ved selv at udføre betydelige reparations- og vedligeholdelsesarbejder.

*Opførelse af ombygnings-/moderniseringsarbejde, reparations-/vedligeholdelsesarbejde på bygning til privat brug for virksomhedens indehaver*

Byggearbejder i form af a) opførelse på egen, lejet eller lejers grund af en bygning til privat brug for virksomhedens indehaver, eller b) udførelse af ombygnings-/moderniseringsarbejder eller reparations-/vedligeholdelsesarbejde til en samlet værdi af mere end 75.000 kr. årligt på egne eller lejede bygninger til privat brug for virksomhedens indehaver, er også omfattet af momspligten i momslovens § 6, når byggearbejdet er udført med henblik på salg som led i næring eller erhvervsmæssig udlejning, jf. momslovens § 6, stk. 1, 1. pkt. Bestemmelsen blev indsat i momslovens § 6 i forbindelse med lov nr. 1064 af 17/12 2002, og skal på den ene side sikre, at der ikke betales moms af værdien af indehaverens eget arbejde i forbindelse med byggeri til privat brug. På den anden side skal det ikke være muligt at omgå momspligten efter § 6 ved at opføre bygningen eller udføre andre byggearbejder på en bygning for egen regning og lade virksomhedens indehaver bebo ejendommen i en periode, hvorefter ejendommen sælges som led i næringsvirksomhed eller udlejes erhvervsmæssigt.<sup>27</sup>

*3.2.2. Hvilke personer er omfattet af momspligten*

Som udgangspunkt er alle momspligtige personer – såvel fysiske som juridiske – omfattet af momspligten i momslovens § 6. Bestemmelsen undtager dog offentlige institutioner mv. omfattet af momslovens § 3, stk. 2, nr. 2 og 3.<sup>28</sup> Det er dog ikke nogen forudsætning, at den momspligtige virksomhed er inden for byggebranchen. Derimod vil private selvbyggere som udgangspunkt ikke være omfattet. Men selve byggearbejdet vil imidlertid kunne ud-

---

holdelsesarbejde i forbindelse med byggeri mv. til formål, der ikke vedrører den registreringspligtige virksomheds leverancer, jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.2.4.

<sup>27</sup> Jf. *Susanne Pedersen*: Skat og moms af værdi af eget arbejde, TfS 2003,454 s. 1708 og bemærkningerne til § 2, nr. 1 i lovforslag L 81 af 7/11 2002, FT 2002/2003, 1. samling, Tillæg A.

<sup>28</sup> Momslovens § 3, stk. 2, nr. 2 og 3 omfatter offentlige forsyningsvirksomheder (nr. 2) samt andre statslige, amtskommunale eller kommunale institutioner, der leverer varer eller ydelser i konkurrence med erhvervsvirksomheder (nr. 3).

gøre en selvstændig økonomisk virksomhed, såfremt det udføres med henblik på salg eller udlejning, og byggearbejdet kan dermed gøre den pågældende momspligtig, hvis de øvrige betingelser i § 6 er opfyldt, jf. UfR 1988.183 H.

### *3.2.3. Hvad er omfattet af momspligten*

Det er en betingelse for momspligt efter momslovens § 6, at virksomhedens indehaver og/eller ansatte udfører arbejde ved projekteringen, opførelsen, ombygnings-/moderniseringsarbejdet eller reparations-/vedligeholdelsesarbejdet, jf. momslovens § 6, stk. 1, 1. pkt.

Ved begrebet »ansatte« forstås lønmodtagerforhold, hvor virksomheden er indeholdelsespligtig for A-skat efter kildeskatteloven.<sup>29</sup> Det vil sige, at frivillig ulønnet arbejdskraft ikke er omfattet.

Momspligten omfatter arbejde udført af virksomhedens indehaver og ansatte, samt materialer der er anvendt til byggearbejdet, jf. momslovens § 6, stk. 2. Indehaverens arbejde vedrørende byggearbejdet er momspligtigt, hvad enten det udførte arbejde ligger indenfor eller udenfor dennes aktuelle fagområde. Nærmere om momsgrundlaget nedenfor i afsnit 5.2.1.

### *3.2.4. Kun byggearbejder på bygninger beliggende i Danmark*

Reglerne om byggemoms i momslovens § 6 finder alene anvendelse på byggearbejder vedrørende bygninger beliggende i Danmark, jf. momslovens § 17. Se hertil også afsnit 2.2. ovenfor.

## **4. Sondringen mellem egen og fremmed regning**

Når der udføres byggearbejde med henblik på salg, kan der, som det fremgår af foregående afsnit, ske beregning af moms efter to regelsæt – enten efter de almindelige regler i momslovens § 4 ved byggeri for fremmed regning, eller efter de særlige byggemomsregler i momslovens § 6 ved byggeri for egen regning. Da der er forskelle i disse regler, f.eks. med hensyn til fastlæggelse af momsgrundlag og momsafregningstidspunkt, er det afgørende, om et konkret byggearbejde skal behandles efter det ene eller det andet regelsæt, og det bliver derfor nødvendigt at fastlægge, hvornår der er tale om byggeri for fremmed hhv. egen regning.

### *4.1. Opførelse af bygning med henblik på salg*

Ved opførelse af en bygning med henblik på salg er det afgørende skærings-tidspunkt ved afgørelsen af, om byggeriet skal behandles efter reglerne om byggeri for fremmed regning eller efter reglerne om egen regning, om byggeriet er påbegyndt ved handlens indgåelse. Udgangspunktet er, at handlen er indgået, når der foreligger en bindende aftale mellem parterne. I relation

<sup>29</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.2.5.

til byggemomsreglerne anses ejendomsretten for overgået på dette tidspunkt.<sup>30</sup>

Er der indgået en bindende aftale om salg *inden* byggeriets begyndelse, anses byggeriet for at være for fremmed regning. Er der derimod først indgået en bindende aftale om salg *efter* byggeriets begyndelse, vil byggeriet blive anset som byggeri for egen regning, uanset hvor kort eller lang tid henne i byggeprocessen aftalen om salg er indgået.

Det afgørende bliver herefter at fastlægge, dels hvornår et byggeri anses for påbegyndt, og dels hvornår er der indgået en bindende aftale?

Det er i praksis fastslået, at byggeriet *anses for påbegyndt*, når støbningen af fundamentet er påbegyndt, jf. TfS 1988,624 H og TfS 1995,66 Ø. Det betyder, at forberedende arbejde som projektering, byggemodning og udgravning ikke anses som påbegyndelse af et byggeri i henseende til afgrænsning af, hvilket regelsæt momsens skal beregnes efter. Der er i praksis således valgt et klart konstaterbart kriterium for, hvornår et byggeri anses for påbegyndt i relation til afgrænsningen byggeri for fremmed eller egen regning. Dette kriterium gælder, hvad enten byggevirksomheden selv forestår byggearbejdet, eller byggevirksomheden delvist har entret med underentreprøner.

Ved en *bindende aftale* forstås en aftale, som er underskrevet af begge parter, eller som parterne på anden måde har tiltrådt. Det er uden betydning, om aftalen kaldes en kontrakt, slutseddel, købstilbud eller lignende. Et købstilbud skal i denne forbindelse forstås som et accepteret købstilbud.<sup>31</sup> En bindende aftale findes under alle omstændigheder at foreligge, når slutsedlen er underskrevet eller tiltrådt af begge parter, uanset om parcellen først udstykses senere, jf. TfS 1995,66 Ø. Samme afgørelse fastslår endvidere, at selvom slutsedlen kun er underskrevet af køber, men tiltrådt af sælger, idet sælger eller dennes advokat uden forbehold har modtaget den kontante købesum, anses der også at foreligge en bindende aftale i relation momsreglerne. Det har derimod ingen betydning, om slutsedlen er tinglyst eller ej, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 978/87<sup>32</sup>.

#### 4.2. Ombygning/modernisering af eksisterende bygning

Såfremt byggearbejdet består i ombygning eller modernisering af en eksisterende bygning, er det ved afgørelsen af, om byggeriet er for fremmed eller egen regning, afgørende, hvem der ejer bygningen ved ombygningens eller moderniseringens begyndelse. Hvis byggevirksomheden ejer bygningen ved ombygningens eller moderniseringens påbegyndelse, vil der være tale om byggeri for egen regning. Har en byggevirksomhed indgået en aftale om

<sup>30</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.2.5.

<sup>31</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.2.5 og Dennis Ramsdahl Jensen: Momspligtige transaktioner kapitel 3.4.1.1.

<sup>32</sup> Nævnets afgørelse blev senere stadfæstet af Højesteret, jf. TfS 1988,624 H.

salg af en eksisterende bygning, og i forbindelse hermed har forpligtet sig til at udføre ombygnings- eller moderniseringsarbejde, vil der være tale om byggeri for egen regning, såfremt byggearbejdet var påbegyndt ved handelens indgåelse, hvorimod det vil være for fremmed regning, hvis den bindende aftale om salg er indgået, *inden* ombygnings- eller moderniseringsarbejdet påbegyndes, og arbejdet vil dermed være omfattet af den almindelige momspligt efter momslovens § 4.<sup>33</sup> Tilsvarende som ved opførelse af bygning med henblik på salg skal der ved »handelens indgåelse« forstås, at der er indgået en bindende aftale mellem parterne.

Hvad der nærmere skal forstås ved ombygnings- eller moderniseringsarbejdets påbegyndelse ligger ikke helt klart, men i TfS 2002,584 V har Vestre Landsret fastslået, at hverken forudgående arkitektundersøgelser eller nedrivningsarbejde kunne anses for en påbegyndelse af ombygningsarbejder i momslovens forstand. Denne dom er nu stadfæstet af Højesteret – TfS 2003,321 H. Højesteret anfører i tilknytning til ombygningsarbejdets påbegyndelse, »at ombygningen ikke kunne anses for påbegyndt ved projektering og nedrivning, og at de egentlige ombygningsarbejder ikke var påbegyndt før den bindende aftale.« I den foreliggende sag var der således tale om et ombygningsarbejde for fremmed regning.

Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.1. sidestilles reparations- og vedligeholdelsesarbejde på egne og lejede bygninger til en samlet værdi af mere end 75.000 kr. årligt med ombygnings- og moderniseringsarbejde. Det må således også betyde, at såfremt en byggevirksomhed i forbindelse med salg af en bygning har forpligtet sig til at udføre reparations- og vedligeholdelsesarbejde på den solgte bygning, således at årets samlede værdi af reparations- og vedligeholdelsesarbejder overstiger 75.000 kr., er det afgørende for, hvorvidt der er momspligt efter momslovens § 6, om arbejdet er påbegyndt før eller efter indgåelse af bindende aftale om salg af bygningen. Er reparations- og vedligeholdelsesarbejdet påbegyndt, inden der er indgået bindende aftale om salg, vil arbejdet blive anset for at være udført for egen regning, og der vil være momspligt efter momslovens § 6. Påbegyndes arbejdet imidlertid først efter, der er indgået en bindende aftale om salg, betragtes arbejdet som udført for fremmed regning med momspligt efter de almindelige regler i momslovens § 4. Da værdien af reparations- og vedligeholdelsesarbejde vurderes inden for et år, kan det betyde, at selvom det aftalte reparations- og vedligeholdelsesarbejde i forbindelse med salget ikke overstiger 75.000 kr., vil der alligevel kunne indtræde momspligt efter momslovens § 6, såfremt byggevirksomheden tidligere på året har udført reparations- og vedligeholdelsesarbejde på den pågældende bygning. Derimod vil der ikke være momspligt efter momslovens § 6, såfremt byggevirksomheden har foretaget reparations- og vedligeholdelsesarbejde forud for salget, hvis det i forbindelse med salget aftalte reparations- og vedligeholdelsesarbejde først

<sup>33</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.2.5.2.

påbegyndes, efter der er indgået bindende aftale om salg, selvom dette arbejde sammen med tidligere udførte arbejder i indkomståret overstiger 75.000 kr. I sidstnævnte situation vil der skulle beregnes moms efter de almindelige regler i momslovens § 4 for arbejde udført for fremmed regning, og reparations- og vedligeholdelsesarbejderne forud for salget vil evt. være omfattet af udtagningsbestemmelserne i momslovens § 5, stk. 4, såfremt byggearbejdet vedrører formål, som ikke vedrører den registreringspligtige virksomheds leverancer.

#### *4.3. Særligt om opførelse af andelsboligbyggeri*

Ved opførelse af andelsboliger bliver det centralt at få klarlagt, hvorvidt der ved byggeriets påbegyndelse er indgået en bindende aftale mellem byggevirksomheden og andelsboligforeningen om overdragelse af ejendommen før eller efter påbegyndelsen af byggearbejderne.

Det daværende Direktoratet for Toldvæsenet har i TfS 1989,413 på baggrund af nogle landsretssager udstukket retningslinierne for den momsmæssige behandling af andelsboligbyggeri. Retningslinierne er senere af Direktoratet blevet præciseret i TfS 1990,37. TfS 1990,37 giver eksempler på, hvornår andelsboligbyggeri skal behandles efter reglerne om byggeri for fremmed regning henholdsvis for egen regning. Det kan heraf udledes, at tidspunktet for stiftelsen af andelsboligforeningen, og dermed andelsboligforeningens evne til at indgå bindende aftale er central. Er byggeriet igangsat, fundamentet støbt, før andelsboligforeningen er stiftet, vil byggeriet være omfattet af reglerne om byggeri for byggevirksomhedens egen regning, jf. TfS 1988,255 Ø.

## **5. Opgørelse og afregning af moms**

### *5.1 Byggeri for fremmed regning*

#### *5.1.1 Opgørelse af momsgrundlag og faktureringstidspunkt*

Som nævnt ovenfor i afsnit 2.1 er levering af fast ejendom fritaget for momspligt i henhold til momslovens § 13, stk. 1, nr. 9.

Ligeledes som nævnt ovenfor i afsnit 2.1 er arbejdsydelser på byggegrunden og bygninger samt anvendte materialer, der er leveret mod vederlag her i landet, derimod omfattet af momspligten i § 4.<sup>34</sup> Det vil sige, at byggevirksomheden ved byggeri for fremmed regning fakturerer bygherren for samtlige udgifter til materialer, arbejdsydelser samt egen avance og tillægger værdien heraf moms. Faktureringskravet<sup>35</sup> omfatter alle leveringer, der ikke er fritaget for moms efter momslovens § 13. Det er uden betydning, om byggevirksomheden har anvendt underleverandører til dele af byggeriet.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Med tilsvarende fradrag jf. momslovens § 37, stk. 1.

<sup>35</sup> Jf. momslovens § 52, stk. 1.

<sup>36</sup> Momsnævnets afgørelse nr. 181/68.

Momspligtens indtræden periodiseres til tidspunktet for levering af byggeriet, det vil sige tidspunktet for overdragelse af retten til som ejer at råde over byggeriet.<sup>37</sup> På grund af faktureringskravet vil dette leveringstidspunkt være identisk med faktureringstidspunktet<sup>38</sup>, når faktureringen sker inden eller snarest efter leveringsens afslutning. Finder betaling helt eller delvist sted forud for leveringen eller faktureringen, anses betalingstidspunktet dog som tidspunktet for momspligtens indtræden.

For en byggherre ville det være attraktivt selv at forestå en del af det byggearbejde, som en byggevirksomhed/entreprenør sædvanligvis udfører. Byggherren kunne så efterfølgende sælge den faste ejendom momsfrit og "tjene" på kun at have betalt moms af indkøbte materialer og arbejdsydelser. Netop for at forhindre en sådan konkurrence mellem byggeri for egen regning og byggeri for fremmed regning, er de særlige regler om moms ved byggeri for egen regning indført i momslovens §§ 6 og 7. Betingelserne for at anvende disse regler for moms af byggeri for egen regning er mere udførligt behandlet i afsnit 3 ovenfor. I det følgende afsnit skal udelukkende reglerne om opgørelse af moms ved byggeri for fremmed regning nærmere behandles.

Som anført er byggeri for fremmed regning momspligtig efter hovedreglen om momspligtige transaktioner i momslovens § 4, hvori det bestemmes, at der betales moms af varer og ydelser, der leveres mod vederlag her i landet.

Grundlaget for beregning af momsen er således det vederlag, som lægges til grund ved byggevirksomhedens fakturering til byggherren. Ved levering af varer og ydelser er momsgrundlaget således vederlaget.<sup>39</sup> Denne bestemmelse finder anvendelse, når betalingen sker med penge. Sker betalingen derimod helt eller delvist med andet end penge (byttehandel), er momsgrundlaget byggevirksomhedens almindelige pris ved levering af de pågældende materialer eller ydelser. Skulle en sådan ikke findes, skal momsgrundlaget i stedet bestemmes som en kalkuleret salgspris.<sup>40</sup> De nærmere regler for opgørelse af en kalkuleret salgspris følger neden for i afsnit 5.2.1.

Ovenfor i afsnit 2.1 er begrebet fast ejendom søgt nærmere afgrænset i relation til den momsfrie levering af fast ejendom over for levering af momspligtige materialer og arbejdsydelser. Omfatter leveringen eksempelvis både en momsfri byggegrund og momspligtige materialer og arbejdsydelser, skal det ved særskilt sammentælling på fakturaen fremgå, hvilke dele af leveran-

<sup>37</sup> Jf. omtalen af SAFE-dommen i afsnit 2.1.

<sup>38</sup> Jf. momslovens § 23, stk. 2.

<sup>39</sup> Jf. momslovens § 27, stk. 1, 1. pkt.

<sup>40</sup> Jf. momslovens § 28, stk. 2 og 3.

cen, der er pålagt moms.<sup>41</sup> En byggegrund og byggematerialer lader sig let udskille.

Derimod skal selv momsfrie ydelser indregnes i det samlede vederlag, når de momsfrie ydelser ikke lader sig udskille fra momspligtige ydelser. I UfR 1970.813 tog Højesteret stilling til spørgsmålet i forbindelse med byggeadministration ved levering af typehuse. Foreningen af Typehusproducenter i Danmark (TiD) rettede i maj måned 1968 henvendelse til Momsnævnet angående spørgsmålet om, hvorledes den momspligtige værdi skal opgøres ved opførelse af typehuse på køberens byggegrund, når leverandøren varetager administrationen af det pågældende byggeri. Ved byggeadministrationen ydede TiD bistand til bygherrer ved udarbejdelse af anlægsplaner og finansieringsplaner, tilvejebringelse af byggelån samt optagelse og administration heraf, rådgivning med hensyn til ejendommens foreløbige og endelige prioritering, udfærdigelse af andragender om foreløbige og endelige lån, ekspedition af prioritering samt føring og udarbejdelse af byggeregnskab. TiD påstod, at sådan byggeadministration ikke var momspligtig efter momsloven.

Momsnævnet traf afgørelse om, at der skal svares moms af det fulde vederlag for typehusene, og at der ikke kan foretages noget fradrag for byggeadministrationen, uanset om denne faktureres særskilt.<sup>42</sup>

Østre Landsret gav ikke TiD medhold, hvorefter sagen blev indbragt for Højesteret, som i dommen blandt andet udtalte, at når typehusproducenter som et led i salg af typehuse påtager sig at yde bygherrer bistand med byggeadministrationen på de ovenfor nævnte områder, findes det ikke i momsmæssig henseende at kunne foretages udskillelse af en del af det samlede vederlag som værende vederlag for denne del af producenternes virksomhed, der er nøje forbundet med deres virksomhed i øvrigt. Herefter findes det efter lovens (dagældende) § 7, stk. 1, momspligtige vederlag at omfatte også de nævnte ydelser.

### *5.1.2 Momsfradrag og reguleringsforpligtigelse*

Momslovens § 37, stk. 1 bestemmer, at registrerede virksomheder kan fradrage momsen for virksomhedens indkøb m.v. af varer og ydelser, der udelukkende er anvendt til brug for virksomhedens leverancer, som ikke er fritaget for moms efter § 13.

Da levering af fast ejendom er fritaget efter § 13 udelukkes hermed fradrag for moms af opførelsesudgifterne m.v. hos den bygherre, der udelukkende lader opføre en fast ejendom med henblik på videresalg under byggeriet eller efter dets færdiggørelse.

<sup>41</sup> Jf. Bekendtgørelse om merværdiafgiftsloven, BEK nr. 1152 af 12/12/2003, kapitel 11, § 40, stk. 2 (herefter: Momsbekendtgørelsen)

<sup>42</sup> Jf. Momsnævnets afgørelse nr. 182/68.



På tilsvarende måde vil der ikke være fradrag for momsen af byggeriet, hvis den faste ejendom udelukkende skal anvendes til formål omfattet af de øvrige bestemmelser i momslovens § 13. Denne bestemmelse finder for eksempel anvendelse, hvis den faste ejendom skal anvendes til tandlægeklinik.<sup>43</sup> Endelig kan det fastslås, at der ikke vil være fradrag for momsen af byggeriet, hvis den faste ejendom udelukkende anvendes til formål, som er bygherrens virksomhed helt uvedkommende. Dette vil således være tilfældet, hvis den faste ejendom eksempelvis skulle tjene til bolig for bygherren og dennes familie.

Indgår den faste ejendom derimod helt eller delvist som et led i bygherrens registrerede virksomhed, vil der være enten fuld fradragsret eller delvis fradragsret for såvel moms i relation til indkøb af materialer og arbejdsydelser, som den moms, der skal beregnes i henhold til reglerne om den såkaldte byggeomoms. For de nærmere bestemmelser om fuld eller delvis fradragsret henvises til momslovens §§ 37 – 42.

Sker der i de efterfølgende 10 regnskabsår efter anskaffelsen eller ibrugtagningen ændringer i anvendelsen af den faste ejendom, herunder om- og tilbygninger, skal der ske en regulering af den fradragsberettigede moms.<sup>44</sup> Det følger af momslovens § 43, stk. 3, nr. 4, at et salg af den faste ejendom sidestilles med overgang til ikke fradragsberettiget anvendelse. Tilsvarende gælder for reparation og vedligeholdelse af fast ejendom til et samlet beløb af mere end 75.000 kr. årligt.

Det er dog muligt at undgå reguleringen, hvis køberen erklærer sig indforstået med at overtage reguleringsforpligtigheden for momsbeløbet for den resterende del af reguleringsperioden, således at køberen succederer i bygherrens reguleringsforpligtigelse.<sup>45</sup>

### *5.1.3 Frivillig momsregistrering*

Endelig skal nævnes momslovens § 51. Bestemmelsen giver adgang til frivillig registrering for køb og opførelse m.v. af fast ejendom samt byggeomodning af jord med henblik på salg til en registreret virksomhed, jf. momslovens § 51, stk. 1, 5. pkt. Bestemmelsen giver mulighed for, at bygherren kan få tilbagebetalt den moms, der er betalt i forbindelse med købet og byggeriet. Anvendelse af bestemmelsen forudsætter dog, at ejendommen skal anvendes af en registreret virksomhed til momspligtige formål.

<sup>43</sup> Jf. momslovens § 13, stk. 1, nr. 1.

<sup>44</sup> Jf. momslovens § 43, stk. 1. Reguleringen i de enkelte regnskabsår foretages med en tiendedel af det momsbeløb, der er betalt i forbindelse med anskaffelsen eller ibrugtagningen, jf. momslovens § 44, stk. 2.

<sup>45</sup> Se Momsbekendtgørelsen, kapitel 5, §§ 18-19.

## 5.2 Byggeri for egen regning

### 5.2.1. Opgørelse af momsgrundlag ved byggearbejde for egen regning

Momsgrundlaget ved byggearbejde for egen regning omfattet af momslovens § 6 skal opgøres efter momslovens § 28, stk. 2, jf. stk. 3.<sup>46</sup>

De nedenfor nævnte principper for beregning af momsgrundlag gælder generelt for byggearbejder for egen regning med henblik på salg. Det vil sige, at principperne gælder ved byggemodning<sup>47</sup> af egen eller lejet grund, ved nyopførelse af bygninger, ved ombygnings- og moderniseringsarbejder samt ved reparations- og vedligeholdelsesarbejder, når den samlede værdi hertil overstiger 75.000 kr. årligt.

Udgangspunktet er, at momsgrundlaget er virksomhedens *almindelige salgspris* for en tilsvarende leverance til tredjemand, jf. momslovens § 28, stk. 2, 1. pkt. Det betyder, at udgangspunktet er, at momsgrundlaget er det samme, som hvis der havde været tale om et byggearbejde for fremmed regning. Da to byggeopgaver sjældent er ens, og navnlig hvis den pågældende virksomhed ikke udfører tilsvarende byggearbejder for fremmed regning, kan det være svært at finde frem til en almindelig salgspris for et konkret byggearbejde.<sup>48</sup> Da det almindeligvis ikke er muligt at fastsætte generelt gældende standardkalkulationstillæg på materiale- og lønudgifter, betyder det, at fastsættelse af den almindelige salgspris må ske på grundlag af en konkret vurdering af den enkelte virksomheds forhold og sammenligninger med øvrige byggearbejder af lignende eller tilsvarende karakter i det pågældende område.<sup>49</sup> Navnlig den sidste sammenligning vil i praksis ofte også være svært at finde frem til, hvorfor der kun er tilbage at tage udgangspunkt i den konkrete virksomhedens egne forhold.

Derfor er det også i momslovens § 28, stk. 2 angivet, at såfremt en sådan almindelig salgspris ikke findes, skal momsgrundlaget opgøres som en *kalkuleret salgspris*, der skal omfatte samtlige omkostninger og den avance, der i almindelighed indgår ved leveringen af varer og ydelser af den pågældende art, jf. § 28, stk. 2, 3. pkt. Det vil sige, at såfremt byggevirksomheden

<sup>46</sup> Det i afsnittet anførte om momsgrundlaget gælder også for byggearbejder for egen regning med henblik på udlejning.

<sup>47</sup> Materialer og arbejdsydelser i forbindelse med byggemodning af egne, lejet eller lejer grund med henblik på salg er også omfattet af momspligten i momslovens § 6. Byggemodning vil typisk bestå i dræning, nedlægning af hovedvandedninger og lignende, etablering af hovedkloakanlæg, vejanlæg og andre fællesanlæg, jf. *Lars Loftager Jørgensen m.fl.*: Momsloven med kommentarer, afsnit III Byggemoms, afsnit 5 s. 993 f.

<sup>48</sup> Jf. også Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.3 og Anja Gärtner Dahlgaard: Momsgrundlag, sats m.m. kapitel 5.6.3.4., Momskartoteket, Magnus Informatik A/S, marts 2004 (herefter citeret: Anja Gärtner Dahlgaard: Momsgrundlag).

<sup>49</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.3 og Anja Gärtner Dahlgaard: Momsgrundlag kapitel 5.6.3.4.

ikke udfører tilsvarende byggearbejder for fremmed regning, som der udføres for egen regning, er det den kalkulerede salgspris, der danner grundlag for momsregningen.

I den kalkulerede salgspris skal der som nævnt ovenfor indgå samtlige omkostninger i forbindelse med byggearbejdet. Det vil først og fremmest sige omkostninger til anvendte materialer samt lønudgifter til virksomhedens indehaver og ansatte, der har deltaget i byggearbejdet. Til såvel materiale- som lønudgifter skal tillægges »sædvanlige« avancer. Hvis byggevirksomheden udfører arbejde for fremmed regning, vil der ved beregning af momsgrundlaget ved byggearbejder for egen regning skulle anvendes de samme avanceprocenter. Udføres der ikke tilsvarende arbejde for fremmed regning – f.eks. fordi virksomheden udelukkende udfører byggearbejder for egen regning – vil der kunne tages udgangspunkt i gennemsnitlige bruttoavancer, der i almindelighed gælder inden for den pågældende branche, f.eks. ved oplysning fra brancheforening. Under alle omstændigheder forudsættes det, at avanceprocenterne er af en sådan størrelse, at kalkulationen levner et overskud til virksomhedens indehaver (mestersalær), jf. også TfS 1995,66 Ø, hvor landsretten udtalte, *»at det avancetillæg på 45 pct. af den »rå løn«, som sagsøgeren (bygmesteren) lagde til grund i sine momsangivelser, ikke gav sagsøgers byggeafdeling overskud og var betydeligt lavere end sagsøgers bruttoavance ved arbejde i fremmed regning indtil 1983 og de gennemsnitlige bruttoavancer i branchen«*. I den konkrete sag, som alene omhandlede avancetillæggene på lønudgifterne, havde toldmyndigheden foretaget et skøn over avancetillæggene, hvor der var taget udgangspunkt i de avancer, der var opnået ved byggeri for fremmed regning. Derudover havde man ved fastsættelse af avancetillæggene inddraget oplysninger fra Danmarks Statistik og fra Byggefagenes Mesterforening »Midtjylland« om udviklingen i byggepriser og kalkulationsforhold, og endelig var der ved fastsættelsen taget højde for, at der i en del af byggeperioden havde været pris- og avancementstop. Til denne skønsudøvelse udtalte landsretten, *»at det ikke fandtes godtgjort, at det af toldmyndighederne anvendte grundlag for skønnet over, hvad der måtte anses for bruttoavance »i almindelighed« i området, har været mangelfuldt, eller at man ved de på dette grundlag fastsatte avanceprocenter, der er lavere end de gennemsnitlige avanceprocenter ifølge kildematerialet, har udøvet et usagligt skøn«*.

Såfremt en byggevirksomhed opfører typehuse for såvel fremmed som egen regning, har Momsnævnet fastslået, at der ved fastsættelse af momsgrundlaget for husene opført for egen regning skal tages udgangspunkt i virksomheden almindelige listepriiser (almindelig salgspris) for de pågældende huse og ikke en kalkuleret salgspris, jf. Momsnævnets afgørelser nr. 835/83. I den konkrete sag blev det endvidere fastslået, at virksomheden ved opgørelse af momsgrundlaget ikke kunne fradrage en ydet rabat på huse bygget

for egen regning, da man ikke ydede den tilsvarende rabat i forbindelse med byggeri for fremmed regning.

Opfører en byggevirksomhed prøvehuse for egen regning, vil virksomhedens listepriis for husene ligeledes skulle udgøre momsgrundlaget for prøvehuset, selvom prøvehuset sælges til en lavere pris end listepriisen med den begrundelse, at de har været anvendt som prøvehuse, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 1349/92. Momsnævnets begrundelse for anvendelse af listepriisen i denne sag er, at det i momsmæssig henseende er uden betydning, at prøvehuset sælges billigere end de øvrige huse af samme slags, og at prøvehusets forarbejdning og kvalitet – ifølge virksomhedens oplysning – altid mindst vil være på højde med et tilsvarende hus.

Momsnævnet har i afgørelsen – offentliggjort i TfS 1991,329 MN – om et andelsboligbyggeri for egen regning fastslået, at kalkulationsmetoden principielt ikke bør sammenblandes med andre metoder – i den konkrete sag en gennemsnitsberegning for arkitekt-, ingeniør- og byggesagshonorarer baseret på 10 andre andelsboligprojekter i området.

Som nævnt ovenfor omfatter den kalkulerede salgspris samtlige omkostninger og den avance, der i almindelighed indgår ved levering af varer og ydelser af den pågældende art. Det betyder så modsætningsvis ikke, at såfremt byggeriet opført for egen regning senere bliver solgt med tab, er der fradrag for tabet i momsgrundlaget. Dette fremgår bl.a. af Momsnævnets afgørelser nr. 441/76 og nr. 1349/92. Man kan således sige, at opgørelsen af momsgrundlaget for byggearbejder for egen regning med henblik på salg foretages uden hensyntagen til den faktiske salgssum.

### *5.2.2. Tidspunktet for afregning af byggemoms og særlige regnskabskrav Beregning og afregning af byggemoms*

I forbindelse med levering af byggearbejde for fremmed regning bliver momsen beregnet i forbindelse med udarbejdelse af faktura, og momsen afregnes på tidspunktet for byggearbejdets levering, jf. momslovens § 23. Se nærmere herom ovenfor under 5.1.1.

Ved byggeri for egen regning med henblik på salg kan beregning og afregning af byggemomsen efter momslovens § 6, smh. momslovens § 28, stk. 3 ikke udskydes til det tidspunkt, hvor bygningen sælges, eller til det tidspunkt, hvor der udstedes faktura på ombygnings-/moderniseringsarbejde eller reparations- og vedligeholdelsesarbejde. Der skal derimod ske løbende afregning af de arbejdsydelser, der er præsteret af virksomheden, og de materialer, der er anvendt i forbindelse med byggearbejdet i den momsperiode, hvor arbejdet er udført eller materialerne er anvendt.<sup>50</sup> I forbindelse med byggearbejdets færdiggørelse foretages en endelige regulering, jf. Momsnævnets afgørelse nr. 308/70.

<sup>50</sup> Jf. også Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.4.

### *Særlige regnskabskrav*

For at virksomhederne kan styre – og myndighederne har mulighed for at kontrollere – de særlige regler om byggemoms, stilles der krav om, at virksomheden for hver enkelt byggesag fører et specificeret regnskab for hver momsperiode, jf. momsbekendtgørelsens kapitel 12 om regnskabskrav.

I regnskabet - herefter benævnt byggemomsregnskabet - skal der tages hensyn til, at momspligten efter momslovens § 6 kun omfatter det byggearbejde, som virksomheden selv udfører.

Som nævnt ovenfor i afsnit 5.2.1. skal byggemomsen beregnes på grundlag af virksomhedens almindelige salgspris, og hvis en sådan ikke findes, på grundlag af en kalkuleret salgspris. Dette har den betydning, at der skal udarbejdes et byggemomsregnskab for hver enkelt byggesag. Byggemomsregnskabet skal indeholde specificerede kalkulationer, der viser, hvorledes momsgrundlaget er beregnet. I Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.7. gives et eksempel på, hvilke specificerede oplysninger, der skal foreligge for opførelse af en bygning på egen, lejet eller lejers grund med henblik på salg. Regnskabet skal om den enkelte byggesag indeholde oplysninger om:

- Kostpris for materialer anvendt ved de byggearbejder, virksomheden selv har udført
- Lønudgifter inklusiv sociale ydelser, som virksomheden har afholdt i forbindelse med projektering og opførelse
- Værdi af indehaverens eget arbejde vedrørende projektering og opførelse
- Andre omkostninger vedrørende de byggearbejder, virksomheden selv har udført, f.eks. anvendelse af virksomhedens materiel og udgifter til arbejdspladsindretning
- De procenttillæg til materialer og lønudgifter mv., som virksomheden beregner sig til dækning af generalomkostninger og fortjeneste, samt specification af hvorledes virksomheden har beregnet disse tillæg.

Virksomhedens indkøb af materialer til brug for underentreprenører og håndværksarbejde udført af underentreprenører skal ikke indgå i byggemomsregnskabet, da der ikke skal beregnes byggemoms af disse materialer og underentrepriser. Kun såfremt virksomheden er frivilligt registreret af det nævnte byggeri efter reglerne i momslovens § 51, stk. 1, 5. pkt., og virksomheden dermed har fradrag for købsmomsen vedrørende disse materialer og arbejdsydelser, vil dette tilsvarende skulle medregnes i grundlaget for beregning af byggemomsen og dermed fremgå af byggemomsregnskabet. Se nærmere herom nedenfor i afsnit 5.2.3.

Momsberegningen foretages som nævnt ovenfor løbende for hver momsperiode. Det betyder, at der i byggemomsregnskabet skal ske en løbende registrering af værdien af anvendte materialer og lønudgifter mv. i forbindelse med de arbejdsydelser, der er udført i momsperioden. De beregnede moms-

beløb overføres for hver momsperiode til virksomhedens almindelige momsregnskab.<sup>51</sup>

Af hensyn eventuel reguleringsforpligtigelse jf. momslovens §§ 43-44 skal regnskabsmateriale opbevares i 10 regnskabsår efter anskaffelsen af den faste ejendom eller ombygnings- og moderniseringsarbejde.<sup>52</sup>

### *5.2.3. Fradrag for købsmoms og byggemoms*

Langt de fleste byggevirksomheder, der udfører byggearbejde for egen regning med henblik på salg vil være momsregistrerede. Det betyder, at de ved opgørelsen af deres momstilsvær kan fratække købsmomsen af virksomhedens varer og ydelser, der udelukkende anvendes til virksomhedens leverancer, og som ikke er fritaget for moms efter momslovens § 13, jf. momslovens § 37, stk. 1. For visse indkøb er der ifølge momsloven ingen eller kun begrænset fradragsret, jf. nærmere herom i afsnit 5.1.2.

Når der er tale om en momsregistreret virksomhed, vil der i visse situationer også kunne være fradrag for den beregnede byggemoms, som således både er en salgsmoms og en købsmoms.

#### *Fradrag for købsmoms på materialer til byggearbejde for egen regning*

Når byggevirksomheden er momsregistreret vil købsmomsen på de materialer, som indkøbes til brug ved et byggearbejde for egen regning med henblik på salg, kunne fradrages fuldt ud ved opgørelse af momstilsværet, jf. momslovens § 37, stk. 1. Det gælder dog kun materialer, som anvendes af den momspligtige person eller dennes ansatte. Udover indkøbte materialer til brug ved byggearbejdet, vil også momsen af andre omkostninger, som indgår i kalkulationen for det pågældende byggearbejde, kunne fradrages. Det gælder f.eks. momsen af en vognmands kørsel med jord mv., momsen af hårde hvidevarer, som virksomheden selv monterer, momsen af udgifter til el, vand og varme, der benyttes af virksomheden indtil byggeriets færdiggørelse i forbindelse med det konkrete byggearbejde.<sup>53</sup> Forudsætningen for fradrag for købsmomsen vedrørende ovennævnte omkostninger er, at disse omkostninger også indgår i beregningsgrundlaget for beregning af byggemomsen, jf. momslovens § 28, stk. 3.

Derimod kan momsen af materialer, som indkøbes af den momspligtige virksomhed til andre virksomheders (underentreprenørers) arbejde på byggearbejdet for egen regning ikke fradrages som købsmoms, da disse indkøb anvendes til brug for en fritagen transaktion - salg af den faste ejendom (momslovens § 13, stk. 1, nr. 9), jf. momslovens § 37, stk. 1. Momsen af håndværkerarbejde, som udføres af andre virksomheder (underentreprenø-

<sup>51</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.5.1.

<sup>52</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.5.

<sup>53</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.5.1.

rer) kan heller ikke fradrages som købsmoms, jf. Momsnævnets afgørelser nr. 255/69 og 267/69. Til gengæld skal hverken materialer eller arbejdsydelser vedrørende underentreprisen indgå i momsgrundlaget ved byggeri for egen regning med henblik på salg - det vil sige, at disse ikke skal medregnes i byggemomsen vedrørende byggearbejdet.<sup>54</sup>

Såfremt virksomheden er frivilligt registreret for opførelse mv. af fast ejendom eller byggemodning med henblik på salg til en momsregistret virksomhed efter momslovens § 51, stk. 1, 5. pkt., vil virksomheden på visse betingelser kunne få tilbagebetalt den moms, som den har betalt i forbindelse med køb af materialer og byggeriet i øvrigt. Betingelserne for, at købsmomsen kan tilbagebetales er, at 1) virksomheden dokumenterer, at ejendommen skal anvendes af en momspligtig virksomhed til momspligtige formål, og 2) at køber af ejendommen skriftlig på en særlig blanket erklærer sig indforstået med at overtage den reguleringsforpligtelse, som påhviler ejendommen.<sup>55</sup> Se nærmere herom afsnit 5.1.2 ovenfor.

Købsmomsen fradrages i den momsperiode, hvor materialerne er indkøbt, eller omkostningen er afholdt, jf. momslovens § 56, stk. 3.

#### *Fradrag for byggemoms efter momslovens § 6*

Den beregnede byggemoms efter momslovens § 6 kan fradrages i overensstemmelse med momslovens almindelige regler, jf. momslovens § 37, stk. 2, nr. 5.

Udgangspunktet er imidlertid, at der ikke er fradrag for byggemoms i de tilfælde, hvor byggearbejdet sker med henblik på en momsfrigaget transaktion i form af salg af fast ejendom, jf. momslovens § 13, stk. 1, nr. 9.

Hvis virksomheden derimod er frivillig registreret i forbindelse med det konkrete byggearbejde, jf. momslovens § 51, stk. 1, 5. pkt., vil virksomheden under samme betingelser som nævnt ovenfor under købsmoms på materialer kunne få tilbagebetalt den beregnede byggemoms i forbindelse med det konkrete byggearbejde.

Når der er tale om frivillig registrering for opførelse mv. af fast ejendom med henblik på salg, kan virksomheden først få byggemomsen tilbagebetalt, når de ovennævnte betingelser er opfyldt. Derefter kan byggemomsen fradrages/tilbagebetales løbende i takt med, at den beregnes.

## **6. Afslutning**

I artiklen har vi efter de indledende betragtninger redegjort for, hvornår et byggearbejde skal kvalificeres som et byggeri for fremmed regning henholdsvis et byggeri for egen regning.

<sup>54</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.5.1.

<sup>55</sup> Jf. Momsvejledningen 2004-3 Q.1.4.5.1. og Momsbekendtgørelsen §§ 18-19.

Det afgørende tidspunkt for denne kvalificering er, hvorvidt der er indgået et bindende aftale før eller efter byggearbejdets påbegyndelse. Ved nyopførelse anses byggeriet for påbegyndt på tidspunktet for støbning af fundamentet. Er byggearbejdet således påbegyndt inden indgåelse af bindende aftale, anses arbejdet for udført for egen regning. Tilsvarende anses byggearbejdet for udført for fremmed regning, hvis arbejdet påbegyndes efter, at der er indgået bindende aftale.

Ved byggeri for fremmed regning opgøres momsgrundlaget som værdien af samtlige de ved byggeriet medgåede omkostninger, herunder anvendte materialer og arbejdsydelse, samt byggevirksomhedens avance.

Ved byggeri for egen regning skal momsgrundlaget opgøres til byggevirksomhedens almindelige salgspris for en tilsvarende leverance til tredjemand. Såfremt en sådan almindelig salgspris ikke findes, skal momsgrundlaget opgøres som en kalkuleret salgspris, som skal omfatte samtlige omkostninger og den avance, der i almindelighed indgår ved leveringen af materialer og arbejdsydelse af den pågældende art.

Umiddelbart kan reglerne opfattes således, at momsgrundlaget er det samme, uanset om byggeriet udføres for fremmed eller egen regning, men af afgørelserne TfS 1988,255 Ø og TfS 2003,321 H fremgår det, at momstilsvaret er forskelligt afhængigt af, hvorledes byggearbejdet kvalificeres. I TfS 1988,255 Ø nåede landsretten frem til, at der var tale om byggeri for egen regning, og byggevirksomheden skulle derfor afregne 120.000 kr. mindre i momstilsvaret, end hvis der havde været tale om byggeri for fremmed regning. I TfS 2003,321 H nåede Højesteret derimod frem til, at der var tale om et byggearbejde for fremmed regning, hvilket medførte en forhøjelse af byggevirksomhedens momstilsvaret på 315.000 kr. Ud fra disse afgørelser synes det at være forbundet med en momsmæssig fordel at få byggearbejdet kvalificeret som byggeri for egen regning.

Som udgangspunkt må indkøbsprisen for materialer være den samme, hvad enten der er tale om byggeri for fremmed eller egen regning. Tilsvarende må den udgift, der skal henføres til medgået løn, være den samme ved byggeri for fremmed og egen regning. Forskellen i momsgrundlaget må således ligge i de avancetillæg, som byggevirksomheden beregner sig til indtæknings af generalomkostninger og fortjeneste til virksomhedens indehaver.

Da momsgrundlaget ved byggeri for egen regning beregnes på et skønsmæssigt grundlag – enten den almindelige salgspris til tredjemand eller en kalkuleret salgspris – kan der formentlig anvendes et lavere avancetillæg, end hvis tilsvarende arbejde skulle udføres for fremmed regning. Betragtningen vil således være, at selv om et lavere avancetillæg giver byggevirksomheden et mindre overskud på det konkrete byggearbejde, vil fortjenesten i stedet for bestå i, at momsen beregnes på et lavere grundlag, og momstilsvaret derfor bliver tilsvarende lavere.



Som afsluttende kommentar kan derfor anføres, at så længe byggevirk-  
somheden anvender avancetillæg, som kan accepteres af Told- og Skattesty-  
relsen, vil der kunne være en momsmæssig fordel i at få et konkret byggear-  
bejde med henblik på salg ind under reglerne om byggeri for egen regning.

# Regulating human genetics in pluralist society- legal and ethical implications of Stem cell research.

By

*Malene D. Rowlandson*

## 1. Abstract

This article aims at highlighting some of the salient issues within the context of human embryonic<sup>1</sup> stem cell research. This implies a thorough look upon how the legal system has responded to such techniques, i.e. how and to what extent regulation of such research has been carried out within a selected number of jurisdictions, in this case The United Kingdom, Denmark and the Federal Republic of Germany.<sup>2</sup>

Thus, such discussion considers a range of regulatory responses that can be adapted to human embryonic stem cell research and the use hereof. Whilst the subject of the examined regulation is the same, the regulatory responses are not, - as it will be shown. Rather, the adopted modes of regulation differ considerably from one jurisdiction to another leaving it to be a pronouncing support of the notion that regulatory choices are very much so influenced by the adopted moral and cultural values in each jurisdiction, as is the political and economic context in which such research is to be carried out.<sup>3</sup>

Corollary, a prerequisite for the elaboration on the abundance of regulatory responses to human stem cell research is the identification of the challenges, - unprecedented or not, - that such research impose on the legal system. In order to clarify the scope hereof, an investigation of the issues that such practice

<sup>1</sup> A foetus at a very early developmental stage is often referred to as an embryo. In The Danish Council of ethics' report "Patenting human genes and stem cells" 2004, embryo is defined as 'The stage of an organism's development directly following fertilisation and zygote formation', p. 111.

<sup>2</sup> The reason for looking on the different modes of regulation in Britain and Germany is that they each represent two very different stances in regards to human embryonic stem cell research placing Denmark right in the middle.

<sup>3</sup> An interesting and inspiring discussion is found in Samantha Halliday's and Deborah Lynn Steinberg's, 'The Regulated Gene: New legal Dilemmas', Medical Law review, 12, Spring, pp. 2-13, Oxford University Press 2004

gives rise to will therefore be carried out. As this investigation will show, these are not confined to legal issues alone but involve both ethical and societal dimensions due to the subject matter involved.

Discussing some of the aspects and consequences are therefore of the utmost importance when trying to define what questions that need to be addressed. Inherent in this discussion is the acknowledgement of the close correlation between ethics and law.

The article does not purport to be exhaustive in regards to the range of issues that human stem cell research touches upon. Moreover the article does not provide for an in depth analysis of *how* just and fair laws are or ought to be achieved. Rather the aim is merely to draw up a picture of the many faceted questions which governments and advisory bodies are faced with when having to take the extensive diversity of reasonable moral opinions into consideration.

The heterogenic regulation depicted in the article raises the question of whether or not such legal position provides for an appropriate and/or adequate approach. However, given the fact that the nature of genetics is global the article argues in favour of the stance that a communitarian response would be the most desirable solution. Whether or not such a response is politically possible is another matter and will due to the limits of this article not be dealt with in thorough.

To fully complete the analysis of the main features of the different modes of regulation adopted by the abovementioned jurisdictions, - questions related to the appropriateness of law acting as a promoter and a regulator of human genetics, i.e. what is the role of law and how does it actually develop, should most preferably be sought answered. However, as the development and implementation of laws that regulate research and commercialisation within this field amounts to a complete study in itself, it will not, - and neither will the role of law, - in this context be subject to an individual discussion.

## **2. Stem cell research**

Research involving human embryonic<sup>4</sup> stem cells has brought great hope to many people suffering from degenerative diseases such as Alzheimer's and

<sup>4</sup> The human embryonic development can be divided into several stages and it is at the blastocyst stage (five to seven days after fertilisation) that a hollow appears in the centre of the morula and the cells constituting the embryo start to be differentiated into inner and outer cells. These outer cells will constitute the tissues around the foetus including the placenta, the inner cells (20 to 30) on the contrary will give rise to the foetus itself as well as to some of the surrounding tissues and if these inner cells are isolated and grown

Parkinson' because of the promises to develop treatments and cures for these up until now incurable diseases.

More over the prospects of developing new methods to repair and replace damages tissues and cells involve hope for creating transplants by therapeutic cloning thereby minimizing the risk of immunological rejection.<sup>5</sup>

However, concomitant with these promises are the ethical and legal dilemmas. Dilemmas, whose subject matter represent a huge challenge to society as to balancing the many conflicting interests at stake as well as forcing us to reconsider vested notions such as life, death, property, ownership and even the self and its boundaries. A central question is therefore how law should not only respond to this revolution but also how it should anticipate future developments.

In relation to human stem cell research a core issue is the ontological and moral (legal) status of the human embryo, as the derivation of the stem cells inherently involves research upon, - and destruction of the human embryo. Consequently questions such as, how does the use of human embryos in research impact upon the value assigned to human dignity<sup>6</sup>, and when (if at all) and on what grounds embryo research is permissible has once again arisen.<sup>7</sup>

The questions as to whether or not it is ethically defensible to do research on embryonic stem cells can be described as a conflict between different values, between different actors' rights and obligations and between the short- and long-term interest of different groups.

### 3. Facts about stem cells

In the human body new cells are generated by cell division. Most specialised cells do not in themselves divide but are replenished, often via intermediate less specialised cell types, from populations of stem cells. Stem cells are cells that have the capacity to produce either cells like themselves (self renewal) or cells of one or several specific differentiated types. Stem cells are not yet

---

in the presence of certain chemical substances (growth factors) pluripotent embryonic stem cells can be derived.

<sup>5</sup> It should be noted, that clinical application of such cell therapies has not yet been carried out and properly won't be for several years as the research still is in its initial phase.

<sup>6</sup> For a valuable examination of dignity as a notion, see R. Brownsword, 'Bioethics Today, Bioethics Tomorrow: Stem cell Research and the "Dignitarian Alliance" (2003) 17 *Notre Dame Journal of law, Ethics and Public Policy* 15. See also D. Ewans, 'Conceiving the embryo; ethics, law and practice in human embryology

<sup>7</sup> In the seventies fierce discussions accompanied the new IVF- techniques and the birth of Louise Brown the world's first test tube baby leaving it to be an ongoing theme in relation to the tremendous developments hereof in the 1980ies end 1990ies.

fully differentiated and therefore can reconstitute one or several types of tissues.<sup>8</sup> Thus, stem cells are central to normal human growth and development, and are also a potential source of new cells for the regeneration of diseased or damaged tissue.<sup>9</sup>

There are three kinds of stem cells, which can be distinguished from one another according to their potential to differentiate thereby resulting in three types of stem cells. These are called progenitor stem cells, multipotent stem cells and pluripotent stem cells, the latter being able to give rise to different cell types in vitro, and when isolated from the inner cell mass of a blastocyst-stage embryo those cells are called embryonic stem cells. Thus, these are the subject to this article.<sup>10</sup>

There are different sources of collection, some of which only a few jurisdictions have accepted and others have not. The most common derivation of human embryonic stem cells is from surplus embryos whereas derivation from embryos that have been created specifically for research is not a commonly adopted approach. By surplus embryos references are made to embryos that have been created for infertility treatment to enhance the success rate of In Vitro Fertilisation but are no longer needed for this purpose. These embryos are intended to be discarded and may therefore instead be donated for research by the couples concerned. Embryos that have, - on the other hand, - been created for the sole purpose of research may be produced in two ways. The embryo may be produced with donated gametes, i.e. they are derived from the fertilisation in vitro of a human oocyte by a human sperm or they may be produced by embryo splitting or nuclear transfer. In the latter case they would be derived by introducing the nucleus of an adult somatic

<sup>8</sup> Opinion no. 15 of the European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission at p 3

[http://europa.eu.int/comm/european\\_group\\_ethics/docs/dp15rev.pdf](http://europa.eu.int/comm/european_group_ethics/docs/dp15rev.pdf)

<sup>9</sup> House of Lords stem cell research report, section 2.2, chapter two.

<sup>10</sup> Besides stem cells that are of embryonic origin and thus derived from an embryo at the blastocyst stage, stem cells can also originate from either adults or foetuses. Adult stem cells are however more rare than embryonic stem cells and do not have the same developmental potential as embryonic or foetal stem cells. However, recent studies suggest that adult stem cells may be able to show more malleability than previously believed. Foetal stem cells, on the other hand, can be retrieved from the umbilical cord blood, and can be used to derive multipotent stem cells like neural stem cells which can be isolated from foetal neural tissue and multiplied in culture. They do however have a limited life span.

cell into an enucleated human oocyte (sometimes termed embryo cloning or therapeutic cloning).<sup>11</sup>

#### **4. Regulation**

Regulating an area such as human embryonic stem cell research necessarily entails a discussion, - and subsequent application, - of ethically founded viewpoints as so far as for example determining how to go about the status of the embryo and on a larger scale how we define our selves as a human being when trying to determine the boundaries for what kind of research and therapeutic application we want to consider permissible within the life sciences. As is always the case when introducing new laws the underlying needs and reasons for doing so must first have been explored and explicitly explained so that a transparent and legitimate purpose behind the law stands out.

Based on this presumption the following overview of the adopted mode of regulation in three jurisdictions in regards to stem cell research therefore provides an illustration of the varying views adopted in regards to the actual technique and its ethical implications as well as depicting the different moral status granted to the embryo.

#### **5. The regulatory approach adopted in Denmark**

In Denmark the derivation of human embryonic stem cells is regulated by the Human Fertilisation Act which was amended in 2003 and came into force on the 1<sup>st</sup> of September 2003.<sup>12</sup>

Up until that date human stem cell research was only allowed where the purpose behind the research was to improve IVF-techniques or such similar techniques pursuing pregnancy or if the research aimed at improving Pre-implantation diagnostic techniques.<sup>13</sup> Corollary, it was not permissible to carry out research where the purpose was to increase a general knowledge of medical science.

However, with the amendments the eligible research purposes are no longer limited to research relating to reproductive medicine but encompass research with the purpose to obtain general knowledge of medical science. This is the very heart of the Act as the reason for broadening the range of

<sup>11</sup> On the 11<sup>th</sup> of august 2004 the human fertilisation and embryology authority granted the first licence to use nuclear transfer for the creation of human embryonic stem cells.

<sup>12</sup> Lov nr. 460 af 10. juni 1997 om kunstig befrugtning samt Lov nr. 427 af 10. juni 2003 om ændring af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning. [The act on amending the Act on Human fertilisation in regards to medical treatment, diagnosis and research.]

<sup>13</sup> Section 25, 1 of the Act.

permissible research activities was the prospects of enhancing the possibilities of treating ill people in general. The scope of permissible research is therefore no longer confined to research on human reproductive and fertilization techniques.

However, in order to achieve permission to carry out such research certain specific requirements will have to be met (these will be discussed below) and permission has to be granted by the appropriate licence authority as required by the Act on a Scientific Ethics Committee System.<sup>14</sup>

The Scientific committee system consist of several regional committees and one central committee whose overall purpose is to overlook and grant licenses to the many and varying biomedical research projects carried out in Denmark.<sup>15</sup> Behind the act lies the acknowledgment of having to ensure that the conditions upon which research involving human beings is being carried out are ethically acceptable and that it is being done so in an ethically acceptable manner thereby providing for an adequate and appropriate protection in regards to the persons involved in the research.<sup>16</sup> By monitoring the scientific research proposals, the system is intended to safeguard fundamental values principles essential to our societal self perception such as human dignity, autonomy and integrity.<sup>17</sup>

Bearing in mind the fundamental necessity principle, the committee system only allows for research where such research is justified by its perspectives on pursuing valuable knowledge and possible treatments to different kinds of illnesses, thereby aiming at ensuring an appropriate balance between the often rather conflicting considerations.

A key feature in the Danish Human Fertilization Act is that embryo research including research involving the derivation of embryonic stem cells is only allowed upon surplus embryos, (which is in accordance with Article 18 of the European Bioethics Convention,<sup>18</sup> signed and ratified by Denmark) de-

<sup>14</sup> Lov nr. 402 af 28. maj.2003 om et videnskabetisk komitéssystem og behandling af biomedicinske forskningsprojekter. [The Act on a Scientific Ethics Committee system] Section 6, 1 of the act requires any biomedical research project which involves human beings, gametes that are meant to be used for fertilization, fertilized human eggs and foetuses to be reported to the committee, Section 27, 2 in the Human fertilisation Act.

<sup>15</sup> Section 3 and 4 of the Act.

<sup>16</sup> Section 1, 3 of the Act.

<sup>17</sup> Each and every one of these principles is commonly being referred to and at least in that regard, -their importance cannot be neglected. Therefore, they deserve an examination which unfortunately cannot be within the realm of this article.

<sup>18</sup> Council of Europe's Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine Oviedo, 4.IV.1997.

veloping outside the human body up until the end of fourteen days, provided that the research *necessitates* the use of embryos and that the research has been approved of by the above-mentioned Licensee authority as so far that the Act's specific consent requirements have been complied with.<sup>19</sup>

Therefore, permissible research in Denmark is restricted to surplus embryos, - embryos that will otherwise perish away when no longer needed for reproduction. One of the reasons for parliament to adopt this less controversial approach was that scientist were of the opinion that the number of surplus embryos would fully meet the actual requirements.<sup>20</sup> By allowing only surplus embryos to be subject of research the Danish Parliament continued to legislate against the creation of embryos for the sole purpose of research which is in accordance with article 18 of the European Bioethics.

The distinction between surplus embryos and embryos created specifically for research purposes is a fundamental characteristic of the act. However, in the explanatory notes, it is stated that the prohibitions regarding the creation of an embryo for the sole purpose of using it in research, might be reevaluated when a specific therapeutic application is closer. Consequently, the thought is not entirely dismissed by parliament despite the fact that such approach would contravene the European Bioethical Convention. A subtle opening as to favoring such an approach has thereby been indicated paving the way for allowing this technique once an actual application can be demonstrated and once the public has gotten used to the idea.

## **6. The regulatory approach adopted in United Kingdom**

In 2001 the law relating to embryo research in the United Kingdom was widened in order to allow for Human embryonic stem cell research to be licensed.

The Human Fertilisation and Embryology (Research Purposes) Regulations 2001 added three further purposes to the original ones under the parent Act.<sup>21</sup> These are purposes that will increase knowledge about the development of embryos, increase knowledge about serious disease or enable any such knowledge to be applied in developing treatments for serious disease.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Section 23, 1-2 in the Human fertilisation Act and section 6, 2 in the Medical practices Act.

<sup>20</sup> See the explanatory notes in relation to section 1 of the act [http://www.ft.dk/20021/lovforslag\\_som\\_fremsat/L209.htm](http://www.ft.dk/20021/lovforslag_som_fremsat/L209.htm)

<sup>21</sup> These purposes are; to promote advances in the treatment of infertility, to increase knowledge about the causes of congenital disease, to increase knowledge about the causes of miscarriages, to develop more effective techniques of contraception and to develop methods for detecting the presence of gene or chromosome abnormalities.

<sup>22</sup> Statutory Instrument 2001 No. 188.



According to the Human Fertilisations and Embryology Act 1990, embryo research may in The United Kingdom only be conducted in accordance with a license up to the formation of the primitive streak, which is given to occur no later than fourteen days after the mixing of the gametes.<sup>23</sup>

Such license depends on the Human Fertilisation and Embryology Authority's (HFEA) view upon whether or not the necessity and desirability of the certain research in question is sufficiently present in regards to one of the specifically mentioned purposes set out in Schedule 2 paragraph 3 of the Act.

Besides obtaining permission from the HFEA human stem cell research cannot be carried out unless the donors of the embryo or gamete, - after having been offered such relevant information as is proper,<sup>24</sup> -have given their written consent as is also the case in Denmark<sup>25</sup>. Donors may, - in the United Kingdom, - also specify conditions subject to which the embryo may be used.

However, the most differentiating element of the two acts is the allowance of research to be conducted upon embryos specifically created for this purpose. This approach distinct the United Kingdom from the rest of the European countries as this is currently the only jurisdiction that allows the creation of embryos for the sole purpose of research. This recognition of the permissibility of creating embryos specifically for research purposes is a significant reason why the United Kingdom has not signed the European Bioethics Convention.

Bearing in mind the opinion No. 15 of the European Group on Ethics regarding ethical aspects of Human Stem Cell research<sup>26</sup> the House of Lords Select Committee on Stem cell Research<sup>27</sup> followed this reasoning by concluding that the regulatory framework established by the Human Fertilisation and embryology Act does demonstrate respect for the embryo utilised in research, for example by only allowing embryo research to be performed where no alternative is available and where the use of the embryo as a research object is necessary or desirable to achieve one of the permitted purposes.

In relation to the extended purpose list, the Select Committee pointed out that, the 'serious disease' purpose raised the questions of what constitutes a serious disease. The answer to this depends very much upon whether the seriousness term is in relation to the individual, or serious to society, thereby highlighting the great many layers of perspectives and considerations, these

<sup>23</sup> Section 3 (a) Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

<sup>24</sup> Schedule 3, Para 3(1) (b) Human Fertilisation and Embryology Act.

<sup>25</sup> Para 23, The Act on Human fertilisation in regards to medical treatment, diagnosis and research.

<sup>26</sup> Supra note 8

<sup>27</sup> Supra note 9

issues arise. By adopting this wording the House of Lords sent out a signal that there is a certain, - albeit not defined, - limit to what kind of diseases that legitimate embryo research. Although not likewise specifically incorporated in the Danish legislation, the same boundaries as to what legitimates embryo research must be said to be found in the application of the “necessity test” carried out by the License Authority Body. To address the issue of what constitutes serious the committee therefore suggested the need for a ‘grey list’, setting out the types of diseases considered to be sufficiently ‘serious’.

## **7. The regulatory approach adopted in the Federal Republic of Germany**

In contrast to the law in both Denmark and The United Kingdom, the German Embryo Protection Law<sup>28</sup> specifically prohibits all instrumental use of the embryo and similar to the Danish approach Germany forbids embryos being specifically created for research. Central to the act is the distinction between therapeutic research for the benefit of the embryo concerned and other embryo research. Moreover, this ban imposed upon all research not intended to benefit the embryo also serves to ban the harvesting of stem cells, which will automatically lead to the destruction of the embryo.

Placed in a historical context this prudent approach depicts the country’s pronounced need to disassociate itself from the shadows of the past. A past where terrible medical experimentations categorised certain lives as unworthy during the Second World War.

Presumably two of the fundamental rights in the German constitution can therefore be said to have enumerated from this historical event. The rights concerning the protection of human dignity and the right to life<sup>29</sup> Despite the explicit duty imposed on the state to protect life, there has been an intense academic debate as to whether or not this amount to the life of an embryo, involving the discussion of when life begins.

The German penal code allows abortion in certain circumstances where the weighing of considerations between the unborn life and the mothers right to free development of her personality and the protection of life and health justi-

<sup>28</sup> Gesetz zum Schutz von Embryonen ( Embryonenschutzgesetz – EschG)

<sup>29</sup> Article 1 I Grundgesetz (GG) (the dignity of man is inviolable. All state authority is under a duty to respect and protect it) and Article 2 II GG (everyone has the right to life and physical integrity).

fies this act. Following this it seems incredible if the embryonic matter in vitro should be more deserving of protection than that existing in vivo.<sup>30</sup>

Despite these objections and despite the fact that it could very well be argued that using supernumerary embryos, - which German law allow to be destroyed anyway (or else cryogenically preserved for ever), - for research would not contravene the constitutionally protected right to life nor respect for human dignity, this is not the approach adopted. Rather; German law only permits such research in situations where the research is intended to confer a therapeutic benefit upon the actual embryo concerned.

Nevertheless, it should be noted that existing human embryonic stem cells that have already been harvested do not fall within the ambit of the Act, thereby creating a loop hole for import of stem cells.

After many fierce debates and opposing recommendations, the German Bundestag voted to prohibit the import of embryonic stem cell in principle, but to permit exceptions to the ban subject to strict conditions, including a requirement that eligible stem cells will have to already have been in existence at the time of this proposal being adopted, ensuring that the import of human embryonic stem cells into Germany did not contribute to the death of further embryos.<sup>31</sup>

That it should be less morally questionable to import embryos for research purposes than to use supernumerary embryos for research is a discussion which would be rather interesting to participate in. However, in this article this goal will not be pursued besides acknowledging the major contradictions and pitfalls of such an argumentative approach.

Therefore in this regards the German Act seems only to provide an essentially unprincipled, - some may even call it a double standard, - solution to the dilemma of how life and human dignity can be protected whilst allowing bio-medical advances to be made.

## **8. The regulatory approach adopted by the European Union**

The Council of Ministers recently adopted directive 2004/23/EC on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells.<sup>32</sup>

This directive which came into force on the 7<sup>th</sup> of April and is to be implemented within two years lays down the standards of quality and safety for

<sup>30</sup> Valuable comments can be found in; Samantha Halliday's 'A comparative Approach to the regulation of Human Embryonic Stem cell research in Europe' at 59, *Medical Law Review*, 12, Spring, Oxford university Press 2004.

<sup>31</sup> Stammzellgesetz (StZG) 2002

<sup>32</sup> OJ L 102 of 7<sup>th</sup> April 2004, p. 48 -58.

human tissues and cells intended for human applications from donation to distribution, in order to ensure a high and equal level of protection of human health throughout the EU.

However, according to recital 11 the Directive does not cover human embryonic stem cell research when used for purposes other than application to the human body, e.g. in vitro research. Therefore only those cells and tissues that are applied to the human body in clinical trials should comply with the quality and safety standards laid down in the Directive. Whilst examining this directive, it therefore becomes paramount to differentiate between research which involves stem cells applied to the human body in clinical trials and research other than that such as in vitro research.

Furthermore, it is specifically expressed that the directive does not interfere with any of the member states decisions concerning the use or non use of specific types of human cells, - such as embryonic stem cells, - as well as it is stressed that the directive does not interfere with the provisions of Member states defining the legal term 'person' or 'individual'

So, whilst the directive sets out clear standards of quality and safety in a technical manner it does not embrace the many questions of more ethical matter which are left for the national governments to discuss and decide upon, as goes for the actual use of harvested cells from human embryos, which will also remain under the control of the individual governments. Corollary, the Directive's impact on human embryonic stem cell research is limited when carried out in vitro. Besides broadly referring to standard principles such as respect for human dignity, integrity and autonomy the directive does not touch upon the many difficult issues related to this kind of research and seeks not to overcome the many conflicting viewpoints in this regard.<sup>33</sup>

Rather it aims at providing safety procedures which will not only reassure European citizens that it is safe to embark upon these techniques but also encourage them to become donors in order to overcome the problems of donor shortage.

Finally, it is worthwhile mentioning the fact that the mandatory technical requirements and safety levels refer to a minimum standard. Thus this constellation could maybe pose a problem where a more sophisticated or accurate test becomes available as the tissue establishment faced with the choice

<sup>33</sup> It should also be noted that the Directive does not cover the products resulting from substantial modifications or manipulations of cells or tissues. In this regard the Enterprise DG of the European Union Commission is currently preparing a new regulation to which the EGE has responded with a report on the ethical aspects of such engineering. [http://europa.eu.int/comm/european\\_group\\_ethics/docs/humantissueprod.pdf](http://europa.eu.int/comm/european_group_ethics/docs/humantissueprod.pdf)

of conducting either the mandatory test alone – or the mandatory test in conjunction with the more sophisticated or accurate test will most realistically be faced with the economic pressure to opt for testing using only the minimum mandatory test. In the light of this it would have been beneficial if the technical requirements had been drafted in terms of optional tests so that each member state were presented with the opportunity to either adopt the tests set out in the directive or take a more rigorous approach thereby helping to promote safety of tissues and cells within the EU.<sup>34</sup>

Nevertheless, the directive must be said to send out an important signal in regards to safeguarding and ensuring the highest level of security and transparency when dealing with this kind of research, - including human embryonic stem cell research, - whilst at the same time promoting the idea of harmonisation within this area.

In the light of this, there seems to be every good reason to welcome this initiative, despite the fact that it at this stage is rather difficult to see through the actual ambit of the directive and thereby evaluate the actual outcomes of its application.

## **9. The ontological and moral status of the embryo; - three viewpoints.**

Opinion no 15 of the European Group on Ethics regarding Ethical aspects of human stem cell research and use states that when member states permit embryo research, respect for human dignity<sup>35</sup> requires regulation of embryo research. In the latter case, respect for human dignity requires regulation of embryo research and the provision of guarantees against risks of arbitrary experimentation and instrumentalisation of human embryos.<sup>36</sup>

However, the different legislative approaches to human embryonic stem cell research illustrate the varying opinions in regards to the moral status and level of protection granted to the human embryo, leaving it to be an outstanding sign of the challenges imposed on law, not only by science but by the pluralist society as well.

<sup>34</sup> For a detailed discussion hereof see [http://www.cambridgenetwork.co.uk/bfora/systems/xmlviewer/default.asp?arg=DS\\_...](http://www.cambridgenetwork.co.uk/bfora/systems/xmlviewer/default.asp?arg=DS_...)

<sup>35</sup> In regards to the concept of dignity as a notion see Roger Brownsword's highly recommendable article 'Bioethics today bioethics tomorrow: Stem cell research and the "dignitarian Alliance"', Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, volume seventeen issue no. 2003 and also D. Beyleveld and R. Brownsword 'Human Dignity in Bioethics and Biolaw', Oxford University Press, 2001.

<sup>36</sup> 14/11/2000 [http://europa.eu.int/comm/european\\_group\\_ethics/docs/avis15\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/european_group_ethics/docs/avis15_en.pdf), para. 2.4.

In essence there are three main viewpoints in this regard. The first of them provides for the highest level of protection by looking upon the embryo as a person in itself or at the very least a person thereby granting it an unquestionable right to life from the very minute of conception. This viewpoint is that of many catholic countries such as is the case in Ireland where the Irish constitution actually refers to the 'right of life to the unborn'.<sup>37</sup>

As illustrated above this prohibitive stance is also adopted in Germany where the German Embryo Protection Law<sup>38</sup> prohibits all research where the purpose is not to benefit the embryo. However, as discussed above the motivation for such an approach most probably depict the country's need to distance itself from the horrors of the Second World War by expressly signalling that every human being (including the unborn) is worthy of a minimum of respect and thus cannot be treated as a mere object.

Though not adopted by any member state, the complete opposite viewpoint to this 'right of life to the unborn' would be to perceive the human embryo of being almost unworthy of protection thereby leaving it to be completely acceptable to use it for any means, including as a mere laboratory artefact.

A compromise between these differing stances has been adopted by a number of jurisdictions here amongst Denmark and The United Kingdom whom have placed themselves in the middle by implementing the so-called gradualist approach in their regulatory responses. This approach encapsulates the view that even though the embryo does not possess a right to life in itself it does have some intrinsic value, which cannot be ignored. Such viewpoint can either be founded on the basis that it may develop into a person under the right conditions or due to its symbolic importance.<sup>39</sup>

Characteristic to this approach is that it allows for an increasing protection of the embryo depending on what developmental stage it is at. As illustrated above there are however varying degrees of the ambit of such allowances.

## **10. What are the challenges to law?**

Within the area of genetics, scientific conquests and the concomitant anticipation of their future application, constantly develops, - and at such pace, that the time factor in itself resembles an enormous challenge to the legal system. How, - if possible at all, can it be ensured that the law is not always two steps

<sup>37</sup> Article 40.3.3. Constitution of the Republic of Ireland

<sup>38</sup> Supra note 29

<sup>39</sup> J. Robertson writes; "... Justice may not require that we grant the embryo rights, but we may choose to treat the embryo differently than human tissue as a sight of respect for life generally", "Embryos, Families, and Procreative Liberty: The legal Structure of the New Reproductions' (1986) 59 Southern California Review 939, 974.

behind technology thereby resulting in an abundance of ad hoc regulation constantly in need to be reviewed or amended. How, - if possible, can we implement ethical considerations and the principles within which they are embodied in the legislation in order to achieve the intended protection of what is found to be essential values in regards to respect human nature.

Whilst the article acknowledges that legislation may not in it self always be sufficient or be the most appropriate respond to every new dilemma, the article is however based on the stance that legislation serves as an important function in regards to representing and depicting the underlying values and ethical principles upon which a certain society is founded.

Accordingly, since genetics concern issues that are so closely related to fundamental questions of life it thereby raises a plethora of ontological and ethical questions which the law cannot avoid responding to. Despite the many inadequacies which legal approaches can be said to represent within this area it becomes clear that, even so, the legislative process and its respond is of intrinsic importance when trying to define how we as a society, - and a pluralist one as well, - want to formulate the limits and conditions in regards to this type of research.

Besides the time factor another issue that will most definitely be relevant to discuss is the application of patent laws on embryonic stem cell research. Although this discussion encompass many of the same issues as the ones that divided Europe whilst negotiating, -for ten whole years, - the conditions upon which to agree on the Directive 1998/44/ EC, the relevant issues are not conferred to these alone. Thus it is still important to reconsider the applicability of the current patent system to embryonic stem cell research. Due to the ambit and complexities of these questions, they far surpass the remits of this article and will therefore not be examined in detail. However, a few comments are worthwhile thereby leaving them to be food for thought.

The underlying nature of the patent system is to foster and encourage inventors to share their knowledge with the world. By granting the inventor a patent he/she in return is rewarded with the right to decide whom and on what conditions a licence should be granted. By promoting scientific progress patents arguably have a positive impact on the general health care system, but by the same token patents can also very well render difficult the access to the health care system,<sup>40</sup> due to the licences required to be (sometimes expensively) obtained by the patent holder. Therefore securing the right balance between the scientist needs and those of society is utterly important.

<sup>40</sup> An illustrative example hereof is the rather controversial patent of the BRAC1-gene obtained by Myriad Genetics, which involved the procedures for testing for breast cancer diagnostically.

The crux of the matter lies in the heart of the distinction between what amounts to an invention and what is merely a discovery.<sup>41</sup> With the latter not being patentable there is a pronouncing support of the viewpoint that only stem cells that have been modified will meet the inventiveness requirement as isolated stem cells that have not been modified simply do not constitute an invention, but only amounts to a discovery. The question of whether or not such an approach can be said to commercialise the human body is yet another inevitable discussion as is the problems in regards to broad patents.<sup>42</sup>

Another particular issue have been raised by the interpretative differences put forward in regards to article 6 Para a, in Directive 98/44/EC<sup>43</sup>, prohibiting processes for cloning human beings. The interpretative difficulties relates to the wording in section 41 in the preamble which regards the definition of cloning. Here cloning is described as being any process, including techniques of embryo splitting, designed to create a human being with the same nuclear genetic information as another living or deceased human being. Following, the question is whether this can be said to cover reproductive as well as therapeutic cloning in relation to stem cells.

Once more the moral status of the embryo becomes essential to how one would look upon the provision as the explicit referral to cloning *human beings*, does not rule out embryos if one conceives of an embryo as a person in itself i.e. a human being. In this case the provision would be interpreted to prohibit patenting of such processes, whereas this could be argued not to be the case where one does not regard a human embryo as being a person in it self.

<sup>41</sup> In the forefront of legal examination of the patenting of living organisms has been the American case law, which in the nineteen seventies established that biotechnological inventions, - more specifically certain methods in relations to DNA,- were patentable, and in the nineteen eighties the Supreme court established a patent on a bacterium in the case *Diamond v. Chakrabarty*.

<sup>42</sup> Broad patent claims have been raised against Myriad Genetics patent of the BRAC1-gene in *Supra* note 38

<sup>43</sup> Directive 98/44 EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions.



Stem cell banks<sup>44</sup> are another matter of concern, as the sensitive nature that characterises embryonic stem cells obliges us to ensure that all appropriate means to safeguard these are put in action. Once again focus is placed on the importance of creating a system that generates informed and voluntary consent procedures, allows for transparency as well as the whole debate regarding privacy issues has once again arisen due to the sensitive nature of stem cells. Induced by the whole stem cell banking discussion are also questions related to genetic discrimination. The UK is one of the only Countries that have a stem cell bank, which houses embryonic stem cell lines and foetal and adult stem cells.<sup>45</sup>

Albeit very distant, - and therefore also still very uncertain, - is the growing of and development of stem cells in space. However, UK tissue engineering experts are now cooperating with NASA on a series of space experiments which could potentially boost stem cell research.<sup>46</sup> According to Dr. McGukin this approach has been initiated because the zero gravity of space apparently is expected to speed up the growth of new tissue from stem cells, potentially easing future organ donor shortages. Besides the slower development of cultured cells in the earth's normal gravity they apparently also tend to grow as a flat layer. Therefore, scientist have reason to believe that by letting the stem cells develop at zero gravity they grow much quicker and in three dimensions, mimicking the way organs grow in the embryo in the womb, thereby making it easier to create new organs for patients, solving the problems of donor shortages. In the light of these prospective, it would not be unreasonable to expect such procedure to pose yet other unforeseen and unprecedented, - or at least additional, - challenges to law.

<sup>44</sup> In the UK a national repository for stem cell lines have been established as a stem cell bank. In this bank, all embryonic stem cell lines derived in the UK are being lodged as well as the bank also houses adult and foetal stem cell lines. A Steering Committee has a general oversight role and in August 2003 the Steering Committee issued a draft code of practice for the operation of the Stem Cell Bank. Some aspects of the plans for ethical governance of the Stem Cell Bank were questioned in a report on the Medical Research Council by the House of Commons Select Committee on Science and Technology in March 2003.

<sup>45</sup> For a thorough discussion of the ethical implications in regards to Human Tissue Banking see: EGE's Opinion 11 on Human Tissue Banking(21<sup>st</sup> July 1998)

<sup>46</sup> <http://news.bbc.co.uk/1/hi/health/3559612.stm>

## 11. Conclusion

Whilst examining the development within Europe it becomes rather clear that there seems to be a general move towards allowing research on stem cells, - especially where stem cells are being derived from "left over" IVF embryos that would otherwise be destroyed.

Nevertheless, as it has been illustrated, the legislative approaches adopted by various jurisdictions differ immensely within human stem cell research sending a clear signal of the many and varying opinions in this matter. On a European level, these differences in regards to the technique as such, its prospects of application and the inherent questions of the moral and ontological status of the human embryo have moreover caused the prolonging of negotiations regarding whether or not the EU should financially support research involving human stem cells under its 6<sup>th</sup> framework Research programme,<sup>47</sup> and the protracted duration hereof is yet an outstanding evidence of the sensitive nature with which we associate this subject matter.

The 6<sup>th</sup> framework discussion therefore exemplifies the fierce ideological battle within Europe over whether or not the ethics of embryo research and the governing of such should be governed by a Europe-wide policy.

The inability of law to respond both adequately and quickly to scientific progress is rather evident in each of the examined jurisdictions. Whilst the explanatory notes to the Danish Act implies a willingness to maybe reconsider the ban against the creation of an embryo for the sole purpose of using it in research when an applicable treatment has been found, the additional purposes created by the Human Fertilisation and Embryology Regulation seem to require at the very least a further clarifications as to for example what

<sup>47</sup> In September 2002, the European Council of Science Ministers, whilst approving the EU's 6th Framework Research Programme, added a rider that introduced a one-year moratorium on the use of EU funds to support embryonic stem cell research. Vehement objection from the European Parliament's Committee on Industry, External Trade, Research and Energy, which questioned whether the Council's decision was legal, resulted in negotiations that led to a compromise: "further provisions on the funding of research activities involving the use of human embryos and human embryonic stem cells will be established before the end of 2003, on the basis of a new proposal (based on an in-depth ethical, technical and political study) from the European Commission and in consultation with the European Parliament". In the meantime, Sixth Framework money can only be used to fund embryonic stem cell work that involves existing cell cultures, and any proposals for such work will have to be approved by a regulatory committee. As part of the procedure leading up to the adoption of a definitive position on this issue, in April 2003 the European Commission published a report on human embryonic stem cell research to inform an inter-institutional bioethics seminar scheduled for 24 April 2003.

amounts to a 'serious' disease etc. Finally the German approach of allowing import of embryonic stem cells derived prior to 2002 is arguably of temporary nature due to the fact that the deadline will most properly at some point have to be revised in order to meet the need for newer and genetically more variable stem cells.

However, the above discussion also depicts some level of consensus amongst the three jurisdictions. These regard the requirements of a licensing body/authority as well as proclaiming the proportionality and necessity principle, both of them fundamental principles to all three jurisdictions. Furthermore each of the three jurisdictions ban financially induced donations in order to avoid commodification of the embryo as well as where derivation of stem cells is allowed informed consent is paramount.

Given the widely diverging cultural, political and economic views within the European Union, this minimum standard of consensus is therefore properly the most that can be realistically hoped for. Thus, it seems reasonable to conclude that the European Union is most certainly capable of facilitating research on an EU-level as well as inspiring the continuing debate at national level in regards to their adopted regulatory schemes. Moreover, inherent in such an approach is the signaling of these matters to be of great importance thereby granting them the appropriate attention.

The questions of what is morally acceptable to do with and to our bodies does not only concern each individual on the contrary it also concerns how we as a society want to make sure that certain perceptions and values are assigned to the human body in accordance with the body's symbolic reference to fundamental principles such as autonomy, dignity, integrity and vulnerability; principles which have in particular saturated community and international legal instruments. By viewing a person to be a liberty and rights claim holder, this approach therefore automatically establishes a close connection to the human rights law, which then again can be said to manifest the concern to protect and value the individual person's development, which is a strong and present communitarian tendency in European Societies.

Moreover, arguing in favour of an European harmonisation could also very well be based on the supposition that more rapid technical advances could be achieved by EU-led research programme<sup>48</sup> as well as the viewpoint that scientist should not be encouraged to indulge in forum-shopping or research tourism presents another rationale behind the proposal.

<sup>48</sup> *Supra* note 25 at 65

In the light of this Directive 2004/23/EC definitely resembles a step forward in the right direction when promoting the idea of harmonisation within this area.

# Konkurrencepræget dialog – præsentation af en ny bestemmelse i udbudsreglerne

af

*Michael Steinicke*

## 1. Indledning

Der er med vedtagelsen af de nye udbudsdirektiver 2004/17/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet) og 2004/18/EF (udbudsdirektivet – eller det klassiske direktiv) sket en række ændringer i forhold til de hidtidige regler.<sup>1</sup> Der er med vedtagelsen af de nye direktiver (og særligt i det klassiske udbudsdirektiv) foretaget en række ændringer af rammerne for indgåelse af offentlige kontrakter. Der var med Grønbogen (KOM (96) 583 og opfølgingsmeddelelsen KOM (98) 143 lagt op til ændringer på flere områder, herunder en stramning af reglerne for tildeling, reglerne om tekniske specifikationer, indførelsen af flere måder at anvende elektroniske midler på i forbindelse med procedurene mv. Et af de vigtigste initiativer var forslaget om en ny procedure, den såkaldte konkurrenceprægede dialog. Denne procedure giver ordregiver og tilbudsgiver øgede muligheder for at føre dialog under udbuddet. Det er udelukkende udbudsdirektivet (2004/18/EF), der indeholder en sådan bestemmelse. Der er ingen lignende bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvilket formentlig skyldes, at der inden for dette direktiv er en bredere adgang til at anvende udbud efter forhandling, og behovet for fleksibilitet er derfor ikke så stort som inden for udbudsdirektivet.

Efter de hidtidige direktiver har der været mulighed for at anvende offentligt udbud, begrænset udbud, udbud efter forhandling eller projektkonkurrence. Hvor de to første procedurer har været generelt tilgængelige for ordregiverne, har udbud efter forhandling kun kunnet anvendes i undtagelsessituationer. Undtagelserne omfatter eksempelvis situationer, hvor der ikke bliver afgivet egnede eller antagelige bud, hvor der kun er én tilbudsgiver, som kan

<sup>1</sup> Direktiverne implementeres i dansk ret pr. 1. januar 2005, jf. bekendtgørelse nr. 936/2004 og bekendtgørelsen nr. 937/2004.

få opgaven overdraget, eller hvor opgaven af en eller anden grund ikke kan specificeres præcist.<sup>2</sup> Projektkonkurrencer kan udelukkende anvendes i forbindelse med bestemte typer af tjenesteydelser, hvor ordregiver på grund af opgavens komplicerede karakter ønsker at få flere forslag til opgaveløsningen.<sup>3</sup> Projektkonkurrencer anvendes typisk ved opgaver som arkitekttydelser og softwareløsninger. De to gængse procedurer, offentligt og begrænset udbud, er kendetegnet ved, at proceduren giver én mulighed for afgivelse af tilbud, med den mangel på fleksibilitet, som dette giver. Der er således ikke mulighed for at foretage ændringer af tilbuddet undervejs, ligesom der ikke kan diskuteres pris eller tages andre relevante forhold i betragtning, når først konkurrencen er iværksat. Disse mangler udspringer af det forhold, at konkurrencen ses som en *one-shot-konkurrence*, dvs. der udelukkende er mulighed for at afgive ét tilbud,<sup>4</sup> at der ikke er mulighed for at foretage ændringer i dette tilbud og, at ordregiver i forlængelse heraf udelukkende har mulighed for at tage stilling til dette tilbud i den form, som det har ved afgivelsen. Udbud efter forhandling giver mulighed for at bryde one-shot-princippet, men denne mulighed kan inden for det klassiske direktiv udelukkende anvendes som en undtagelse.

#### *1.1. Behov for en opblødning af one-shot princippet*

Der kan konstateres to væsentlige ulemper ved one-shot-princippet. For det første er det uhensigtsmæssigt, at de afgivne tilbud ikke kan tilpasses de nærmere ønsker, som ordregiver måtte have for udbuddet. For det andet medfører one-shot princippet, at der etableres en *statisk* konkurrencesituation, der oftest er etableret "i blinde". Dette betyder, at tilbudsgiverne som udgangspunkt ikke har noget kendskab til niveauet og karakteren af de tilbud, som indkommer. Og når ordregiver opnår kendskab til disse tilbud, er der ikke nogen muligheder for at tilpasse disse til ordregivers behov. Set i relation til ordregiver er det endnu mere frustrerende, at der ikke kan skabes en *dynamisk* konkurrencesituation. Ordregiver kunne formentlig opnå besparelser i forbindelse med etableringen af en dynamisk konkurrencesituation, da denne konkurrencesituation ville medføre, at tilbudsgiverne vil "presse" priserne. Det må i den forbindelse blot overvejes, om man mener, risikoen for, at pri-

<sup>2</sup> Nærmere om disse situationer i *Michael Steinicke og Lise Groesmejer: EU's udbudsdirrektiver med kommentarer*, se kommentarerne til art. 11. Reglerne om udbud efter forhandling findes i det nye direktiv i art. 30 og 31.

<sup>3</sup> Reglerne om projektkonkurrencer findes i udbudsdirektivets art. 66-74.

<sup>4</sup> Dog er der under visse omstændigheder mulighed for at afgive alternative bud, jf. udbudsdirektivets art. 24.

sen presses for meget (dvs. tilbuddene bliver af en sådan karakter, at der ikke er sammenhæng mellem ydelsen og prisen), er for stor.

Særligt med indførelsen af konkurrencepræget dialog er dette forhold i et vist omfang ændret.

Det nye udbudsdirektiv har en sådan struktur, at der er enkelte af bestemmelserne, som medlemsstaterne selv kan afgøre, om de vil implementere. Reglerne om konkurrencepræget dialog findes blandt disse bestemmelser. Kendetegnet for de regler, som man ikke nødvendigvis skal implementere, er, at de omfatter mere vidtgående udbudstyper, som udgør nyskabelser inden for udbudsretten.<sup>5</sup>

## 2. Konkurrencepræget dialog

### 2.1. Baggrunden for reglerne om konkurrencepræget dialog

Det har været intentionen allerede fra Grønningen, at der skulle indføres en procedure, som kunne forbedre mulighederne for dialog mellem parterne i et udbud. Den nærmere baggrund for bestemmelserne om konkurrencepræget dialog i art. 29 er beskrevet i præambelen til direktiv 2004/18/EF betragtning 31: "Ordregivende myndigheder, som udfører særligt komplekse projekter, kan uden egen skyld befinde sig i en situation, hvor det er muligt objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger. Denne situation kan navnlig opstå i forbindelse med udførelsen af vigtige integrerede transportinfrastrukturprojekter, store edb-net og projekter, der indebærer en kompleks, struktureret finansiering, hvis finansielle og juridiske forhold ikke kan fastsættes i forvejen. I det omfang offentligt eller begrænset udbud ikke måtte muliggøre indgåelse af sådanne kontrakter, bør der derfor indføres en fleksibel procedure, som både tilgodeser konkurrencen mellem økonomiske aktører og de ordregivende myndigheders behov for at drøfte alle kontraktens aspekter med hver ansøger."

I det første forslag til nyt udbudsdirektiv<sup>6</sup> så bestemmelsen om konkurrencepræget dialog noget anderledes ud end i den endelige udformning. En af forskellene var, at der af tilbudsgiverne efter det oprindelige udkast skulle afgives en "løsningsskitse", som skulle danne baggrund for ordregivers endelige udformning af specifikationerne for udbuddet. Dette medførte, at en tilbudsgiver skulle komme med en skitse til, hvordan opgaven kunne løses, og at denne løsning kunne danne grundlaget for *specificeringen* for udbuddet, som ville blive oplyst for alle tilbudsgiverne. Dette er ikke i tilbudsgivernes

<sup>5</sup> Se ligeledes art. 54 om elektronisk auktion og art. 33 om dynamiske indkøbssystemer.

<sup>6</sup> Se KOM (2000) 275.

interesse, og denne del af bestemmelsen om konkurrencepræget dialog blev hurtigt genstand for kritik i det politiske system.<sup>7</sup> Endvidere blev det antaget af Regionsudvalget, at der kunne opstå problemer vedrørende de immaterielle aspekter af løsningsskitserne, nærmere bestemt hvem der har retten til disse forslag. Regionsudvalget foreslog en ændring af formuleringen til ”løsningsforslag”<sup>8</sup>, hvilket efter Regionsudvalgets mening ville medføre, at de forslag, som tilbudsgiverne kommer frem til, ikke har en karakter, der kan give problemer i relation til ejerskabet af idéerne. Det Økonomiske og Sociale Udvalg påpegede endvidere, at denne model gav mulighed for ”cherry picking” og derfor ikke var ønskelig.<sup>9</sup>

I det endelige direktiv er proceduren ændret i overensstemmelse med disse indvendinger, og der skal således ikke foretages en endelig specificering af opgaven efter, at der er indkommet løsningsforslag fra tilbudsgiverne. Der skal nu forhandles udelukkende på baggrund af den enkelte tilbudsgivers eget forslag og ikke på baggrund af en specificering baseret på det bedste løsningsforslag.

Et forhold, som har nær sammenhæng med spørgsmålet om mulighederne for at anvende den bedste løsningsskitse som grundlag for specifikationerne, er temaet fortrolighed i forbindelse med dialogen. Det blev allerede påpeget af det Økonomiske og Sociale Udvalg på baggrund af det første direktivforslag, at der var behov for at styrke fortrolighedskravet til ordregiver i forbindelse med forhandlingerne, særligt i relation til de løsninger, som tilbudsgiverne forslår.<sup>10</sup> Den endelige udformning af bestemmelsen om konkurrencepræget dialog indeholder da også skærpede krav til fortrolighed og videregivelse af information end det oprindelige forslag.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Se eksempelvis Regionsudvalgets og det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelser til Kommissionens forslag i EF Tidende 2001 C 19/02, pkt. 4.4. og EF Tidende 2001 C 144/08, pkt. 2.2.

<sup>8</sup> Se også udtalelserne fra Regionsudvalget, EF Tidende 2001 C 144/08, pkt. 2.2.4.

<sup>9</sup> Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om Kommissionens forslag, EF Tidende 2001 C 19/02, pkt. 4.4.2. Her blev det endvidere foreslået at man hentede inspiration fra UNCITRALs Model law art. 48 (Request for proposals). For omtale om denne og beslægtede udbudsprocedurer med forhandlingsmuligheder i regi af UNCITRAL, se *Michael Steinicke: EU-udbud og forhandling*, s. 117 ff.

<sup>10</sup> Se det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om Kommissionens forslag, EF Tidende 2001 C 19/02, pkt. 4.4.

<sup>11</sup> Art. 29, stk. 3 fastslår: ”de ordregivende myndigheder må ikke over for de andre deltagere afsløre de løsninger, som en anden deltager har foreslået, eller andre fortrolige oplysninger, som en deltager i dialogen har meddelt, uden dennes samtykke.” Sammenlign med det oprindelige forslags art. 30, stk. 6.



Det blev endvidere anført i det oprindelige forslag, at det skulle kræves, at der minimum var tre virksomheder, som var prækvalificeret, for at proceduren kunne gennemføres. Dette krav fandt ikke vej til den endelige direktivtekst.

Et sidste forhold, som har givet anledning til ændringsforslag, er spørgsmålet om udgiftsgodtgørelse. Efter art. 29, stk. 8 kan de ordregivende myndigheder træffe bestemmelse om priser eller betalinger til deltagerne i dialogen. Parlamentet lagde op til en obligatorisk udgiftsgodtgørelse, som skulle udbetales til alle ansøgere, hvis forslag indeholder en anvendelig løsning.<sup>12</sup> Endvidere skulle godtgørelsen reguleres i takt med ændringer af kravene til kontraktens genstand, og det skulle anføres, at godtgørelsen skulle dække de gennemsnitlige udgifter til forberedelse og gennemførelse af den tekniske udvikling. Kommissionen har ikke accepteret disse ændringer. Det må antages, at de ændringer, som er sket i forhold til afvisningen af at anvende virksomhedernes forslag som grundlag for den endelige specifikation, har reduceret behovet for godtgørelse. Da ordregiver ikke længere kan forelægge én virksomheds løsningsmodel for de øvrige tilbudsgivere uden denne virksomheds accept, vil der ikke være samme behov for en obligatorisk kompensation herfor.<sup>13</sup>

I det endelige direktiv defineres konkurrencepræget dialog i art. 1, stk. 11, litra c). Ifølge definitionen omfatter konkurrencepræget dialog en procedure, ”som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor den ordregivende myndighed fører en dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at deltage i proceduren, med henblik på at udvikle en eller flere løsninger, der kan opfylde dens behov, og som skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive.” Den nærmere procedure er fastlagt i direktivets art. 29.

## *2.2. Betingelser for anvendelse af konkurrencepræget dialog*

Konkurrencepræget dialog tilhører som tidligere nævnt gruppen af regler, som medlemsstaterne kan undlade at medtage i den nationale implementering af direktiverne. Dette betyder, at der potentielt vil være medlemsstater, i hvilke de ordregivende myndigheder ikke har mulighed for at anvende den konkurrenceprægede dialog, da denne ikke er indeholdt i implementeringen.

<sup>12</sup> Se Parlamentets betænkninger af 29. oktober 2001 til Kommissionens oprindelige forslag, kommentarerne til art. 30.

<sup>13</sup> Den valgte model for godtgørelse bærer lighedstegn med modellen anvendt i relation til projektkonkurrencer.

Det fastslås endvidere, at det udelukkende er ved indgåelse af *særligt komplekse kontrakter*, at ordregivere har mulighed for at anvende konkurrencepræget dialog.<sup>14</sup> Med henblik på anvendelsen af konkurrencepræget dialog anses en offentlig kontrakt for at være "særligt kompleks", når den ordregivende myndighed 1) ikke er i stand til i overensstemmelse med artikel 23, stk. 3, litra b), c) eller d) objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde deres behov og formål,<sup>15</sup> og/eller 2) ikke er i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt.<sup>16</sup> Den første situation, hvor der kan antages at foreligge en særlig kompleks kontrakt er klart afgrænset til de tilfælde, hvor ordregiver ikke kan foretage en funktionel beskrivelse af det ønskede produkt. Der vil muligvis være et overlap i forhold til art. 30, stk. 1, litra c) hvorefter udbud efter forhandling kan anvendes, hvis den tjenesteydelse, der skal præsteres *ikke kan specificeres tilstrækkelig nøjagtigt* til, at kontrakten kan indgås ved at vælge det bedste tilbud i henhold til reglerne for offentligt eller begrænset udbud.<sup>17</sup>

Afgrænsningen af, hvornår der foreligger en særlig kompleks kontrakt, har været genstand for en række bemærkninger i lovgivningsprocessen. I Parlamentets betænkninger<sup>18</sup> til det oprindelige forslag fremførtes et ændringsforslag til definitionen af konkurrencepræget dialog i art. 1, hvorefter der ved en særlig kompleks kontrakt skulle forstås en "kontrakt, hvor den ordregivende myndighed hverken ved at udskrive en idé konkurrence eller ved operativt udbud kan oplyse, med hvilke tekniske eller andre midler kravene skal opfyldes, eller hvilke tekniske eller finansielle løsninger markedet skal præstere." Denne del af ændringsforslaget blev afvist af Kommissionen, da det krævede et indledende udbud, hvilket ville medføre et spild af ressourcer.<sup>19</sup>

I relation til vurderingen af begge tilfælde, hvori der kan anses at foreligge en særlig kompleks kontrakt, vil adgangen hertil skulle vurderes restriktivt,

<sup>14</sup> Art. 29, stk. 1.

<sup>15</sup> Direktivets art. 23 fastsætter reglerne for anvendelsen af tekniske specifikationer til beskrivelse af opgaven.

<sup>16</sup> Art. 1, stk. 11, litra c).

<sup>17</sup> Dette vil typisk dreje sig om tjenesteydelser i kategori 6 i bilag II A (finansielle tjenesteydelser) og intellektuelle tjenesteydelser, eksempelvis tjenesteydelser vedrørende projektering af arbejder.

<sup>18</sup> Udvalget af Retlige Anliggender og det Indre Markeds betænkning af 29. oktober 2001.

<sup>19</sup> Parlamentet fremførte endvidere, at man som særligt komplekse kontrakter må betragte navnlig stort anlagte eller teknisk krævende projekter, såsom trafik- og forsyningsinfrastrukturer og anlægsarbejder. Kommissionen tog ikke udtrykkeligt stilling til dette, men sådanne kontrakter må antages også at være omfattet af den nye definition af særligt komplekse kontrakter.

da der er tale om en undtagelse til anvendelsen af offentligt og begrænset udbud, jf. art. 29, stk. 1.

Endelig kan konkurrencepræget dialog udelukkende anvendes i forbindelse med udbud, hvor tildelingskriteriet det *økonomisk mest fordelagtige tilbud* er valgt. Denne begrænsning skyldes, at ordregiver i forbindelse med indgåelsen af sådanne kontrakter ikke vil kunne bruge tildelingskriteriet laveste bud til noget. Betingelsen om, at konkurrencepræget dialog udelukkende kan anvendes i forbindelse med kriteriet det *økonomisk mest fordelagtige bud*, kan derfor ikke reelt anses at begrænse anvendelsen af bestemmelsen, men derimod blot at fastslå, at det ikke giver mening at bruge proceduren, hvis man samtidig vil anvende kriteriet det laveste bud.

### 2.3. Proceduren

Proceduren indledes med, at de ordregivende myndigheder offentliggør en udbudsbekendtgørelse, hvori det meddeles, hvilke behov og krav de har i forhold til den konkrete opgave. Disse behov skal videre defineres i udbudsbekendtgørelsen og/eller i et beskrivende dokument.<sup>20</sup>

Den ordregivende myndighed skal foretage en udvælgelse af de virksomheder, som senere skal deltage i den konkurrenceprægede dialog. Denne udvælgelse sker efter de almindelige bestemmelser herfor i art. 44-52.<sup>21</sup> Efter endt udvælgelse indleder den ordregivende myndighed dialog, hvis formål det er at indkredse og fastslå, hvorledes deres behov bedst kan opfyldes. Der er mulighed for at drøfte alle aspekter af kontrakten med de deltagende virksomheder.<sup>22</sup>

Den ordregivende myndighed kan beslutte, at udbuddet skal foregå i flere faser med henblik på at begrænse antallet af løsninger, der skal drøftes under dialogen. Dialogen skal hele tiden føres under hensyntagen til de valgte tildelingskriterier. Såfremt ordregiver ønsker at anvende flere faser, skal dette være anført i udbudsbekendtgørelsen eller i det beskrivende dokument, jf. art. 29, stk. 4.

Formålet med dialogen er at opnå de opgaveløsninger, som opfylder ordregivers ønsker bedst muligt. På den baggrund skal dialogen fortsætte indtil

<sup>20</sup> Artikel 29, stk. 2.

<sup>21</sup> Efter disse bestemmelser, har ordregiver bl.a. mulighed for at opstille kriterier med henblik på at undersøge virksomhedernes tekniske og økonomiske/finansielle formåen (art. 48 og art. 47), samt at frasortere virksomheder, som eksempelvis er under konkurs, har gjort sig skyldig i strafbare forhold, har en gæld til det offentlige mv. (art. 45).

<sup>22</sup> Artikel 29, stk. 3.

disse løsninger er fundet, og hvis nødvendigt, efter at ordregiver har sammenlignet de forskellige løsningsforslag.<sup>23</sup>

Når disse løsningsforslag er fundet, erklærer ordregiver dialogen for afsluttet og meddeler de deltagende virksomheder herom. Ordregiver skal herefter opfordre deltagerne til at afgive deres endelige tilbud på grundlag af de løsninger, der er fremkommet under dialogen. Tilbuddene skal være komplette og indeholde alle de elementer, der er nødvendige for projektets udførelse.<sup>24</sup> Der er udelukkende begrænset mulighed for at foretage præciseringer mv. af disse endelige tilbud. De endelige tilbud vurderes på baggrund af de fastsatte tildelingskriterier og ordregiver vælger det økonomisk mest fordelagtige tilbud i overensstemmelse med art. 53.<sup>25</sup>

#### *2.4. Ligebehandlingsprincippetets betydning i forbindelse med konkurrencerægp dialog*

Efter art. 29, stk. 3 skal ordregiver sikre, at alle tilbudsgivere behandles ens. En understregning af, at ligebehandlingsprincippet (som er fastslået i direktivets art. 2) også anvendes i forbindelse med denne udbudsform. Det påpeges i den forbindelse, at ordregiver "især" ikke må udøve forskelsbehandling ved at give oplysninger, som kan stille nogen tilbudsgivere bedre end andre. Baggrunden for, at videregivelse af informationer fremhæves i bestemmelsen, må ses i lyset af, at dette vil være den mest oplagte overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i forhandlingsprocessen. Det vil således være i strid med bestemmelsen, at ordregiver oplyser én tilbudsgiver om forhold, som ordregiver anser for væsentlige i forhold til opgaveløsningen, hvis ikke også andre tilbudsgivere får samme informationer. Betydningen af informationsstrømmene i forbindelse med forhandlingerne understreges endvidere af, at det bestemmes, at ordregiverne ikke over for de andre deltagere i forhandlingerne må afsløre de løsninger, som en anden deltager har foreslået, eller andre fortrolige oplysninger, som en anden deltager har meddelt, uden at denne deltager giver sit samtykke hertil.<sup>26</sup> Udover videregivelse af informationer vil også enhver anden forskelsbehandling medføre overtrædelser af ligebehandlingsprincippet.

Ligebehandlingsprincippetets anvendelse strammes op i art. 29, stk. 6, hvor det fastsættes, at tilbuddene på ordregivers anmodning kan afklares, præciseres og tilpasses. Denne adgang afgrænses nærmere, idet der gøres opmærksom på, at disse præciseringer, afklaringer og tilpasninger eller supplerende

<sup>23</sup> Artikel 29, stk. 5.

<sup>24</sup> Artikel 29, stk. 6.

<sup>25</sup> Artikel 29, stk. 7.

<sup>26</sup> Art. 29, stk. 3, in fine.

oplysninger ikke kan medføre, at der ændres ved grundlæggende elementer i tilbuddet eller i indkaldelsen af tilbud, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling. Hermed stilles der efter afgivelsen af det endelige tilbud igen skærpede krav i bestræbelserne på at sikre ligebehandling. Det bemærkes, at ordlyden af den sidste del af art. 29, stk. 6 ligger tæt på formuleringen af fælleserklæringen, som er afgivet af Rådet og Kommissionen med henblik på en konkretisering af det forhandlingsforbud, som omfatter offentligt og begrænset udbud.<sup>27</sup>

I art. 29, stk. 7 præciseres de samme begrænsninger i relation til det tilbud, som vælges af ordregiver. På ordregivers anmodning kan den valgte tilbudsgiver blive bedt om at præcisere visse aspekter eller bekræfte forpligtelser, som findes i tilbuddet, dog igen forudsat, at dette ikke bevirker, at væsentlige aspekter af tilbuddet eller udbuddet ændres, samt at dette ikke medfører konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

#### *2.5. Overvejelser i forbindelse med konkurrencepræget dialog*

Det vurderes, at konkurrencepræget dialog udgør en positiv tilføjelse til de fælleseuropæiske udbudsregler. Samtidig efterlader reglerne dog flere muligheder for forbedringer.

Det er tidligere nævnt, at konkurrencepræget dialog tilhører den del af det nye udbudsdirektiv, som er fakultativt. Under hensyntagen til de gunstige effekter, som konkurrencepræget dialog indeholder, ville det have været hensigtsmæssigt, at bestemmelsen udgjorde en obligatorisk del af udbudsreglerne.

Det kan endvidere overvejes, om der i virkeligheden er behov for den nye procedure under hensyntagen til, at den har begrænset anvendelsesområde og til, at det kan diskuteres, om proceduren i virkeligheden er så meget anderledes i forhold til udbud efter forhandling. Et oplagt alternativ til art. 29 var at indføre et litra e) i art. 30, stk. 1 om udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse. Dette kunne være udformet således, at udbud efter forhandling udelukkende kunne anvendes, såfremt der er tale om særligt komplekse aftaler.

Der er flere forskelle mellem konkurrencepræget dialog og udbud efter forhandling, men de fleste af disse er mindre. Den eneste større forskel på udbud efter forhandling og konkurrencepræget dialog er, at der ved anvendelsen af udbud efter forhandling ikke er nogen udtrykkelig regulering af selve for-

<sup>27</sup> Se EF Tidende 1994 L 111/114. For mere om forhandlingsforbuddet, se generelt *Michael Steinicke og Lise Groesmeyer: EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, s. 248 ff., *Michael Steinicke: EU-udbud og forhandling*, kapitel II samt *Steen Treumer: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*.

handlingsproceduren. Det er i forbindelse med en sammenligning mellem de to udbudstyper afgørende at vurdere, om de procedureregler, som opstilles i reglerne om konkurrencepræget dialog giver denne procedure nogle fordele sammenlignet med udbud efter forhandling. Hvis dette ikke er tilfældet, kan det med rette diskuteres, om der er behov for to forskellige procedurer, eller om én vil være tilstrækkelig. I forlængelse heraf bør det naturligvis også overvejes, om den ene procedure skulle være konkurrencepræget dialog eller udbud efter forhandling. Det kan ikke udelukkes, at proceduren, som fastsættes i konkurrencepræget dialog, er en positiv udvikling i forhold til den udprægede mangel på regulering af forhandlingsproceduren, som præger udbud efter forhandling. Samtidig kan det konstateres, at reguleringen af forhandlingsproceduren i konkurrencepræget dialog er forholdsvist begrænset og holder sig til et minimumsniveau. Det er spørgsmålet, om ikke en del forhandlingsforløb iværksat efter udbud efter forhandling (hvor ordregiver selv skal fastsætte proceduren for forhandlingerne) har et forløb, som ligner det, der ses i art. 29. Den krævede overholdelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, også i forbindelse med forhandlinger ved udbud efter forhandling, vil formentlig medføre, at grundelementerne i den i art. 29 skitserede procedure vil genses under udbud efter forhandling. Formuleringen af bestemmelsen om udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse i det nye direktiv indeholder aspekter af procedurereglerne i art. 29, idet bestemmelsens stk. 4 (om flere faser i forhandlingsprocessen) genfindes i art. 30, stk. 4. Dette var ikke tilfældet i de tidligere regler om udbud efter forhandling. Dermed er det tvivlsomt, om konkurrencepræget dialog i virkeligheden har medført større forbedringer af forhandlingsprocessen.

Uanset hvilken procedure, der vælges, vil procedurer der giver mulighed for dialog mellem tilbudsgivere og ordregiver generelt være en gevinst for udbudsreglerne.

Den væsentligste ulempe i forbindelse med konkurrencepræget dialog er, at anvendelsesområdet er væsentligt begrænset både i forhold til, hvad der var ønskeligt, og i forhold til, hvad der var lagt op til fra Kommissionens side i Grønbogen.<sup>28</sup> Det ville være ønskeligt, hvis der ville have været generel adgang til konkurrencepræget dialog, eller hvis proceduren i det mindste kunne anvendes i et større antal tilfælde, end det som nu er tilfældet.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Det snævre anvendelsesområde har naturligvis været påpeget i en række af de udtalelser, som er gjort i den lovforberedende fase.

<sup>29</sup> Ønsket om en bredere adgang til konkurrencepræget dialog deles af flere, se eksempelvis Regionudvalgets udtalelse om det oprindelige forslag, EF Tidende 2001 C 144/08, pkt. 2.2.2. Se endvidere *Jacob Brandt: Konkurrencepræget dialog – en åbning for offentlig-*

### 2.5.1. Særligt i relation til offentligt-privat samarbejde

Offentligt-privat samarbejde (herefter: OPS) er et af de mest aktuelle emner inden for reguleringen af det offentlige i Danmark og Europa. Begrebet OPS er et begreb, som ikke har fundet nogen endelig afgrænsning, og som defineres forskelligt alt efter sammenhængen.<sup>30</sup> Bredt kan begrebet siges at dække over enhver form for samarbejde mellem det offentlige og det private med henblik på at gennemføre et projekt af en eller anden type.<sup>31</sup> Nogen af de mere veldefinerede typer af OPS ses i form af partneringaftaler<sup>32</sup> og koncessionsaftaler.<sup>33</sup> På baggrund af forskellene mellem den almindelige aftaleindgåelse om købskontrakter og den situation, hvor der skal indgås en aftale om et *samarbejde*, må de nuværende udbudsdirektiver anses at mangle velegnede instrumenter til at indgå samarbejdsaftaler.<sup>34</sup>

De nye udbudsdirektiver indeholder ingen regler, som er rettet specifikt mod OPS. Reglerne om konkurrencepræget dialog kan dog antages at give visse forbedringer af mulighederne for på hensigtsmæssig måde at indgå aftaler om OPS, da denne udbudstype giver mulighed for en større fleksibilitet ved indgåelsen af offentlige aftaler.

Parlamentet foreslog i sin holdning<sup>35</sup> til Kommissionens udkast til udbudsdirektiver følgende bestemmelse med betegnelsen eksklusiv dialog:

"1. I tilfælde af procedurer for tildeling af kontrakter, der har til formål at oprette offentlig-private partnerskaber, kan intet i dette direktiv være til hinder for anvendelsen af stk. 2.

---

private partnerskaber, i EU-ret & Menneskeret, nr. 1, 2005, afsnit 8 (endnu ikke offentliggjort).

<sup>30</sup> Endvidere anvendes også andre begreber som offentligt-privat partnerskab, offentligt-private samspil, samt i den engelske terminologi public-private partnerships

<sup>31</sup> For andre afgrænsninger, se *Jacob Brandt: Konkurrencepræget dialog – en åbning for offentlig-private partnerskaber?*, EU-ret & Menneskeret, nr. 1, 2005, afsnit 3 (endnu ikke offentliggjort).

<sup>32</sup> Om partnering, se eksempelvis *Christina Tvarnø: Partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder*, i Julebogen 2003, s. 249.

<sup>33</sup> Koncessionsaftaler er i et vist omfang reguleret i udbudsreglerne, se *Michael Steinicke og Lise Groesmeyer: EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, s. 98. Se også Kommissionens meddelelse om koncessioner inden for EU-retten, EF Tidende 2000 C 121/02.

<sup>34</sup> Dette dog afhængig af, hvad man anser som offentligt-privat samarbejde. Der er taget udtrykkelig stilling til indgåelsen af koncessionsaftaler i udbudsreglerne og praksis om udbudsreglerne, jf. C-324/98, *Telaustria*.

<sup>35</sup> Europa-Parlamentets holdning fastlagt ved første behandlingen d. 17. januar 2002, EF Tidende C 271 E/176.

2. Såfremt der er spørgsmål, som ikke på rimelig eller omkostningseffektiv vis kan løses forud for modtagelsen af tilbud, kan disse spørgsmål gøres til genstand for eksklusiv dialog mellem den ordregivende myndighed og den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud forud for tildelingen af kontrakten. Denne eksklusive dialog må ikke medføre nogen væsentlig ændring af de grundlæggende aspekter ved det økonomisk mest fordelagtige tilbud, forvride konkurrencen eller krænke traktaten eller de generelle principper i fællesskabsretten.”

Denne bestemmelse ville have medført en bredere adgang til indgåelse af OPS end den, som nu findes med art. 29.

Kommissionen afviste at indføre en sådan bestemmelse i direktivet, bl.a. under henvisning til, at netop bestemmelsen om konkurrencepræget dialog skulle imødekomme det behov for fleksibilitet, som Parlamentets forslag skulle medføre.

Udover forslaget fremsat af Parlamentet har der været et andet forslag om regler, som særligt vedrører OPS. I relation til udbudsdirektivets art. 34 om særlige bestemmelser for aftaler indgået om socialt boligbyggeri foreslog Parlamentet, at formuleringen af denne bestemmelse, som tillader partnering ved indgåelse af sådanne aftaler, ændres således, at muligheden for at anvende partnering vil blive generelt muligt for alle offentlige bygge- og anlægsarbejder. Formuleringen af Parlamentets forslag var: ”I de tilfælde, hvor offentlige bygge- og anlægsarbejder på grund af omfang, kompliceret karakter, varighed og/eller finansiering kræver projektplanlægning på basis af et samarbejde i en gruppe, der omfatter repræsentanter for de ordregivende myndigheder, sagkyndige og den entreprenør, som det påhviler at udføre arbejdet, kan der vælges en særlig fremgangsmåde med hensyn til tildeling af kontrakten med henblik på at udpege den entreprenør, som er bedst egnet til at optages i gruppen.”

I Kommissionens grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner, KOM (2004) 327 udtaler Kommissionen således om anvendelsen af konkurrencepræget dialog i forbindelse med OPS: ”Proceduren med konkurrencepræget dialog burde gøre det muligt i selve etableringsfasen at opnå den nødvendige fleksibilitet i forhandlingerne med tilbudsgiverne om alle kontraktens aspekter, idet det samtidig sikres, at disse drøftelser gennemføres i overensstemmelse med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, og at de ikke krænker de rettigheder, som traktaten giver de økonomiske aktører. Proceduren bygger på det princip, at der hele tiden skal foreligge strukturerede udvælgelsesmetoder, idet disse bidrager til at sikre udvælgelsesprocedurens objektivitet og integritet. Dette sikrer en optimal anvendelse af de offentlige midler, redu-



cerer risikoen for ugenomsigtige procedurer og øger den retssikkerhed, der er nødvendigt for etableringen af sådanne projekter.”<sup>36</sup> Konkurrencepræget dialog anses tilsyneladende at forbedre mulighederne for at indgå aftaler om OPS. Der kan dog påpeges flere forhold, som medfører, at de forbedringer, som denne procedure medfører i forhold til OPS, har et begrænset omfang.

For det første medfører udbudsformens begrænsede anvendelsesområde, jf. ovenfor, at der kun er begrænsede muligheder for at bruge bestemmelsen i forbindelse med indgåelse af aftaler. Samtidig er det dog også i forbindelse med komplekse opgaver, at der opstår et behov for OPS. Hvor der er tale om indkøb af standardopgaver, vil sådanne samarbejder sjældent komme på tale.<sup>37</sup>

For det andet, og dette er et væsentligt forhold, afslører konkurrencepræget dialog, at indgåelse af *samarbejdsaftalen* ikke forbedres via konkurrencepræget dialog. OPS vil ofte bestå af et langstrakt samarbejde mellem offentlige enheder og private virksomheder. Selve samarbejdets indhold er at udvikle et produkt, som det offentlige har behov for, uanset om dette er et fysisk produkt, en tjenesteydelse eller et byggeri. På det tidspunkt, hvor aftalen indgås, er det endelige produkt endnu ikke fastlagt eller defineret, da dette er selve formålet med samarbejdet. De regler, som der er behov for i forbindelse med selve indgåelsen af aftalen, er således regler, som er velegnede til at finde en virksomhed, som har de ønskede kvaliteter og potentiale som samarbejdspartner. Ved indgåelse af sådanne aftaler, vil konkurrencepræget dialog ikke udgøre nogen egentlig forbedring. Det er anført af Kommissionen, at ”Proceduren bygger på det princip, at der hele tiden skal foreligge strukturerede udvælgelsesmetoder, idet disse bidrager til at sikre udvælgelsesprocedurens objektivitet og integritet. Dette sikrer en optimal anvendelse af de offentlige midler, reducerer risikoen for ugenomsigtige procedurer og øger den retssikkerhed, der er nødvendig for etableringen af sådanne projekter.” I denne udtalelse anvendes begrebet udvælgelse. En sådan henvisning kunne give indtryk af, at Kommissionen anser dialog-fasen ved konkurrencepræget dialog, som en mulighed for at vurdere *virksomhedernes* kvaliteter, da udvælgelse i den udbudsretlige terminologi dækker over vurderingen af virksomhederne. En sådan fortolkning kan ikke antages at være korrekt. Det må anta-

<sup>36</sup> KOM (2004) 327, pkt. 26.

<sup>37</sup> I relation til visse aftaler om tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling indeholder udbudsdirektivets art. 16 en mulighed for, at disse kan indgås uden at foretage et udbud. Efter beskeden finder direktivet ikke anvendelse på sådanne kontrakter, bortset fra de aftaler, ”hvis udbytte udelukkende tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang betales af den ordregivende myndighed”, jf. art. 16, litra f.

ges, at dialogen udelukkende relaterer sig til selve opgaven, som skal indgås.

Flere forhold peger i den retning. For det første påpeges det i art. 29, stk. 3, at dialogen indledes med de virksomheder, som er blevet udvalgt på baggrund af udvælgelseskriterierne i udbudsdirektivets art. 44-52. Domstolen og Klagenævnet for Udbud har gentagne gange påpeget, at der ikke er basis for sammenblanding af udvælgelses- og tildelingskriterier i udbudsprocessen.<sup>38</sup> Derfor vil der således heller ikke (efter udvælgelsen på baggrund af de nævnte bestemmelser) være mulighed for at basere dialogen på udvælgelseskriterierne. Den aftale, som reelt indgås på baggrund af konkurrencepræget dialog, omhandler i realiteten indkøb af det veldefinerede produkt, som er det endelige resultat af dialogen. Dermed omfatter udbudsproceduren konkurrencepræget dialog reelt de samme elementer, som visse samarbejder. Med andre ord: hvis formålet med samarbejdet er at føre forhandlinger med henblik på at udvikle det for ordregiver optimale produkt, så opnås målet ved afslutningen af den konkurrenceprægede dialog. Konkurrencepræget dialog vil således ikke resultere i en aftale, som skal danne rammen for et OPS, men vil i disse situationer reelt rumme et OPS.

<sup>38</sup> Se eksempelvis sag 31/87, Beentjes.

# WTO and Direct Taxation in Denmark

by

*Jeppe Rune Stokholm*<sup>1</sup>

## 1. Overview

### *1.1. Legal Status and Domestic Law*

The Danish Parliament ratified the WTO Agreement on December 16, 1994, and has been a WTO Member since January 1, 1995.

Only few authors<sup>2</sup> have dealt with the relationship between WTO and direct taxation in Denmark. Therefore relevant literature on the subject seems rare. This lack of attention directed towards the WTO impact on direct taxes should not be regarded as a disrespect of the legal status of WTO Agreements, which should be followed (*»pacta sunt servanda«*). Rather, it is more likely that this is due to the absence of WTO issues in national courts. Furthermore the absence of Dispute Settlement Procedures regarding national taxes in Denmark is also a relevant consideration.

One question which has been raised by the Danish professor *Karsten Engsig Sørensen* is whether the WTO impact on direct taxation can be character-

<sup>1</sup> This report is the Danish national report from the High Level Scientific Conference "WTO and Direct Taxation", supported by the European Commission and held in Rust, Austria July 8-11, 2004. The report will also be published in a book by Linde Verlag Austria and, eventually, by Kluwer Law International. The completion of the report was made possible by the valuable comments provided by *Karsten Engsig Sørensen*, Aarhus Business School and *Michael Steinicke*, University of Southern Denmark, to whom I am much indebted.

<sup>2</sup> From a Danish point of view, the following literature can be recommended: Michelsen, Aage, *International Skatteret* (2003), Forlaget Thomson, p 20, 444; Michelsen, Aage, *SR-Skat* (1998), p 178; Sørensen, Karsten Engsig, *»WTO – den fjerde dimension i dansk international skatteret?«*, Festskrift til Aage Michelsen (2000), Jurist- og Økonomforbundets Forlag; Sørensen, Karsten Engsig, *Direct Taxation and the WTO Agreements, European Taxation* (2002), vol 42, Journal Article, p 206 - 213; Sørensen, Niels Winther, *Diskrimination inden for skatteretten*, *SR-Skat*, (2001), p 114 ff.

ized as the fourth string in Danish international taxation where the initial strings are:

1. Internal domestic tax legislation,
2. Double Taxation Conventions,
3. EU legislation,
4. (WTO Agreements?)

The question has not been confirmed by legal scholars. This unfortunately illustrates the overall conclusion, drawn by several Danish authors, that the impact of WTO on direct taxation in Denmark is of limited relevance. However, from my point of view, the influence is increasing, and the WTO impact seems more relevant than ever. This conclusion will be substantiated in the final chapter of this national report.

#### *1.2. WTO and EU Law*

Denmark has been a Member of the European Community since January 1, 1973, and is (besides its own WTO Membership) a part of the EU Membership of WTO.

From an EU treaty point of view, attention should be paid to Article 300 EC, paragraph 7, since WTO Agreements are binding EU:

»Agreements concluded under the conditions set out in this Article shall be binding on the institutions of the Community and on Member States«.

Based on this binding effect it could be argued that if primary EC law and its consistency with WTO law is tested, even a national judge in a Member State could validate the consistency, if the contested community act is meant to implement a WTO measure. However, in an EU law perspective, the legal status of the WTO Agreements has been interpreted by the European Court of Justice (ECJ) in several cases. For instance, in joined cases C-21-23/72, *International Fruit Company III* the ECJ concluded, that GATT should not have any direct effect on neither Member States nor private parties in the Member States.

In case C-181/73, *Haegeman* the ECJ accepted the WTO Agreements as part of the legal order in the EC, and in case C-61/94, *IDA* and case C-17/98, *Sugar* the ECJ found that GATT (1947) is hierarchically superior to secondary EC legislation. However, it should be noticed that none of the EC directives concerning direct taxation seems to implement or refer to WTO obligations.

As a conclusive remark, since WTO Agreements are both part of domestic law and part of EC law, Denmark could as a WTO Member and as a part of the EU member group potentially be responsible for national infringements of the WTO obligations.

## **2. The most favoured nation clause**

It has been argued<sup>3</sup> that Community law prescribes intra-community most favoured nation treatment in the field of direct taxation because of its wording, the general objectives and the scheme of the Treaty.

Two cases are pending before the European Court of Justice (case C-376/03, *D* and case C-8/04, *Bujara*), and an argument in favour of reading a most favoured nation obligation in the EC Treaty could be supported by the fact that both GATT and GATS explicitly provide for most favoured nation treatment.

In the following the impact of the MFN Clause on both WTO Agreements will be substantiated.

### *2.1. GATT*

#### *2.1.1. The Impact of Art I GATT*

Art I (1) GATT states, that »...any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties«.

Wordings like »products« and »like products« in the Most – Favoured - Nation (MFN) Clause have not been defined separately in Denmark. However, from a Danish point of view, not only Appellate Body interpretations but also panel reports and other sources of law interpreting the national treatment obligation can be used for a definition of the two wordings in concreto.

In reference to the Appellate Body Report (ABR) on Canada-Autos, paragraph 84, it should be noticed that the object and purpose of Art. I (1) is »...to prohibit discrimination among like products originating in or destined for different countries. The prohibition of discrimination in Article I (1) also serves as an incentive for concessions, negotiated reciprocally, to be extended to all other Members on an MFN basis«. Combined with the statement in the panel report on case EC-Bananas III, paragraph 7.322 regarding GATS Art

<sup>3</sup> cf. Albert Rädler in *EC Tax Review* 1995, p 66; Josef Schuch in Wolfgang Gassner (ed.), *Tax Treaties and EC Law* (1997), p 87; Servaas van Thiel, *Free Movement of Persons and Income Tax Law* (2002), p 336.

XVII, it can be concluded that the prohibition of discrimination includes both a de jure and a de facto discrimination on »...any advantage ... granted by any party to any product«, cf. Art I (1).

This view is supported by the Appellate Body who dealt with the term »like products« in *Canada-Autos*, paragraph 79, concluding that »...the words of Article I:1 refer not to some advantages granted 'with respect to' the subjects that fall within the defined scope of the Article, but to 'any advantage'; not to some products, but to 'any product'; and not to like products from some other Members, but to like products originating in or destined for 'all other' Members«.

#### *2.1.2. Art I GATT and Most - Favoured - Nation Treatment*

Based on the arguments above, it seems reasonable to conclude that the wording »like products« refers to all similar products of all WTO Members. This means that in order to establish a violation of Art I, there must be an advantage which is not accorded unconditionally.

Since the paragraph does not exempt direct/indirect taxes as violations of discrimination, both kinds of taxation can potentially infringe Art I, if they are not applied uniformly to all taxpayers and are transparent. For instance, if a tax benefit essentially relates to exports, this could be an illegal export subsidy, cf. case *US-FSC*, which is analysed below.

### *2.2. GATS*

#### *2.2.1. The impact of Art II GATS*

Art II GATS contains provisions regarding MFN treatment in the field of services. The wordings »like« and »services« and the phrases »like services« and »treatment no less favourable« have not been separately defined in Denmark. However, as mentioned above, not only Appellate Body interpretations but also panel reports and other sources of law interpreting the national treatment obligation can be used for a definition of WTO wordings in Denmark.

Regarding the scope of all articles in the GATS, it can be concluded<sup>4</sup> that these do not apply to measures relating to judicial and administrative assistance, i.e. the terms do not contain such measures. Rather, a common classification scheme<sup>5</sup> seems to include the following sectors as services: 1) whole-

<sup>4</sup> See the conclusion of the Sub-Committee on Services at its meeting of March 1, 1995: MTN.GNS/W/177/Rev.1/Add.1.

<sup>5</sup> See Slemrod, Joel B./ Avi-Yonah, Reuven S., (How) Should Trade Agreements Deal With Income Tax Issues?, *New York University Tax Review* 2002, Vol 55, Journal Article, p 533 - 554.

sale and retail trade, hotels and restaurants, 2) transport and communications, 3) finance, insurance, real estate and business services and 4) community, social, and personal services.

Regarding the discrimination test, the MFN Clause in Art II (1) requires that treatment by one State must be compared with treatment of »like services« and »service suppliers« of any other country. The scope of these two wordings are not defined in the GATS, but the panel report in *Canada-Autos* addressed the issue of likeness in paragraph 10.248. The conclusion is »...to the extent that the service suppliers concerned supply the same services, they should be considered 'like'...«.

The wording »treatment no less favourable« is analysed and defined by the Appellate Body in the case *EC-Bananas III*, and the conclusion is »...that 'treatment no less favourable' in Article II:1 of the GATS should be interpreted to include de facto, as well as de jure, discrimination«. On this background it could be argued that the impact of the MFN Clause in Art. I GATT and Art II GATS has a similar scope.

However, the Appellate Body decision in *Canada-Autos* is interesting in regards to understanding the individual impact of Art II GATS and the standard of comparison. In paragraph 170-171, it is stated that an analysis of the consistency of a measure shall proceed in two steps:

1. First, a threshold determination must be made under Article I (1) to ensure, that a measure is covered by the GATS. This determination requires that there is a 'trade in services', and that there is a measure, which »affects« this trade.
2. Next, the consistency of the measure with the requirements of Article II (1) must be proven.

#### *2.2.2. The Impact of Art XIV GATS for Tax Treaties*

Denmark has applicable tax treaties with approximately 80 foreign countries, including all Member States of the EU and the European Economic Area. Basically, most of the 80 tax treaties are made with reference to the OECD MC.

Art XIV GATS contains some general exceptions to the GATS. The purpose seems to avoid that justified measures are applied in a manner which otherwise would constitute an arbitrary or unjustifiable discrimination between countries or a disguised restriction on trade in services. Therefore, the exceptions cover provisions regarding a) public order, b) health protection, c) legal compliance, d) the imposition or collection of direct taxes and e) tax treaties.

In this context item d) and item e) seem especially interesting. Tax provisions that could be seen as »arbitrary or unjustifiable discrimination« and/or

»disguised restriction« could for instance be source based taxation, where the service provider is non-resident, and where the taxation is more burdensome than if the service provider was resident. If the service provider is not covered by a tax treaty, and the tax paid is not offset by the residence country by means of a tax credit or an exemption, the source based taxation could serve as a fiscal barrier to the free trade of this service.

However, as stated above the MFN Clause in Art II GATS can be challenged by the impact of Art XIV GATS, i.e. a MFN Clause seems only applicable if it is explicitly laid down in a bilateral tax treaty. This conclusion will be substantiated in the following.

### *2.3. Conclusive Remarks*

Regarding trade provisions it could be contrary to Art I GATT if Denmark made a beneficial tax exemption that essentially was related to exports of domestic products, cf. case US-FSC. Likewise, if Denmark levied a source based taxation on imports of services, and this taxation was more burdensome than if the service provider was resident, this could potentially infringe Art II GATS.

The question whether different wording of single provisions in various tax treaties could constitute an infringement of Art I GATT or Art II GATS seems more unclear.

It could be argued that the prohibition of discrimination in both GATT and GATS includes both a de jure and a de facto discrimination and explicitly provides for a most favoured nation treatment. Strong arguments can be derived from the wording, the general objectives and the scheme of the treaties. The wording »treatment no less favourable« seems sufficiently broad to allow such an interpretation, which could be supported by a teleological interpretation of the treaties.

However, Art XIV GATS values the principles of international tax law and does not violate the principle of reciprocity. Therefore differences in the wordings seem to be justifiable results of bilateral negotiations between Denmark and various contracting states, i.e. a MFN-interpretation of tax treaties could disturb the carefully crafted balance realized through bilateral tax treaties. In this respect it should be noticed that neither the OECD MC nor the UN MC provide for MFN-treatment. It seems obvious that if a MFN-clause could be invoked in the area of international taxation because of the WTO Agreements, this could create an enormous chaos and for instance cut off developing countries from future beneficial negotiations, i.e. when negotiating tax treaties different approaches can be taken by different parties.



As a practical example, Art 5 (3) of the OECD MC could be mentioned. The OECD MC wording has a 12 month PE-period, but in several Danish tax treaties this period is negotiated down to a shorter period. Furthermore, tax treaties with developing countries often depart from the OECD PE-principle, and thus profits may be allocated differently in relation to other tax treaties concluded by Denmark.

Another example of different approaches by different parties can be found in the DTC between Denmark and the US which contains the following wording in Art 1:3 item b:

»Unless the competent authorities determine that a taxation measure is not within the scope of this Convention, the non-discrimination obligations of this Convention exclusively shall apply with respect to that measure, except for such national treatment or most-favored-nation obligations as may apply to trade in goods under the General Agreement on Tariffs and Trade. No national treatment or most-favored-nation obligation under any other agreement shall apply with respect to that measure.«

The wording is similar to the wording of US MC Art 1:3 item b and provides that if a taxation measure is within the scope of the convention, the non-discrimination obligations of the convention shall exclusively apply with respect to that measure, except for such national treatment or MFN-obligations that may apply under GATT. Thus, with the exception of GATT as applicable, no national treatment or MFN obligation under any other agreement than the US MC shall apply with respect to that measure, unless the competent authorities agree otherwise.

### **3. National Treatment**

#### *3.1. GATT*

##### *3.1.1. The impact of Art III GATT*

Art III GATT contains provisions regarding national treatment on international taxation and regulation.

A tax »...which applies to an imported product and to the like domestic product and is collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation...«<sup>6</sup> is subject to the provisions of Article III. To the extent that direct taxes are discriminating, these fall within the scope of the article.

In Denmark it seems as though court decisions within which the article has been analysed in regards of direct taxation are more or less non existing.

<sup>6</sup> See text of *ad* Art III GATT.

However, some guidance on the impact of the article can be found in several Appellate Body statements interpreting the national treatment.

As a result of the case *Japan – Alcoholic Beverages II* it can be concluded that the purpose of Art III GATT is to avoid protectionism in the application of internal measures.

In paragraph 16, it is stated that *»...the purpose of Article III 'is to ensure that internal measures' not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production...«*. In the case *Canada-Periodicals*, the Appellate Body adds in paragraph 18 that *»...the fundamental purpose of Article III of the GATT 1994 is to ensure equality of competitive conditions between imported and like domestic products«*.

Actually, the impact of the article is broad, which is illustrated by the Appellate Body in paragraph 17. Paragraph 17 says *»...the Article III national treatment obligation is a general prohibition on the use of internal taxes and other internal regulatory measures so as to afford protection to domestic production. This obligation clearly extends also to products not bound under Article II«*.

In the case *Canada-Periodicals* the relevance of a proven trade effect was addressed. Here it was stated in paragraph 18 that *»...it is a well-established principle that the trade effects of a difference in tax treatment between imported and domestic products do not have to be demonstrated for a measure to be found to be inconsistent with Article III«*, i.e. Art III GATT does also protect potential discrimination.

### 3.1.2. Art II (2) first sentence GATT

Art III (2) first sentence GATT covers situations in the field of taxation where taxes are added to imported products *»in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products«*.

In the additional remarks to the article it is stated that *» a tax conforming to the requirements of the first sentence of paragraph 2 would be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence only in cases where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a directly competitive or substitutable product which was not similarly taxed«*.

In Denmark there do not seem to be any decisions in which the first sentence of paragraph 2, - and especially the wording *»like«*, - is analysed in the context of direct taxation. However, some guidance on the impact of the article can be found in the Panel reports regarding the case *Argentina – Hides and Leather* and case *Japan – Alcoholic Beverages I*.

In *Argentina – Hides and Leather* paragraph 11.182 the Panel states that »Article III:2, first sentence, is not concerned with taxes or changes as such or the policy purposes Members pursue with them, but with their economic impact on the competitive opportunities of imported and like domestic product».

Moreover, the Panel in paragraph 11.182-11.184 explains the method of comparing tax burdens. The conclusion seems to be that Article III (2), first sentence, requires a comparison of *actual* tax burdens rather than merely just *nominal* tax burdens.

In *Japan – Alcoholic Beverages I*, paragraph 5.8, the Panel states that »... in assessing whether there is tax discrimination, account is to be taken not only of the rate of the applicable internal tax but also of the taxation methods (e.g. different kinds of internal taxes, direct taxation of the finished product or indirect taxation by taxing the raw materials used in the product during the various stages of its production) and of the rules for the tax collection (e.g. basis of assessment)«.

### 3.1.3. Art III (2) second sentence GATT

Art III (2) second sentence must be read and interpreted together with the accompanying *Ad Article*, since both articles have equivalent legal status, cf. the Appellate Body in *Japan – Alcoholic Beverages II*, paragraph 24. In this case the Appellate Body held that the note must be read together with Article III.

When defining products »not alike«, it is therefore argued that an appropriate interpretation of the wording has got to be carried out in the light of how the essence of »like products« has been defined. (According to Art II:2 sentence 2, this therefore creates a »power-conflict« between the two articles.)

In the field of taxation the definition seems relevant in situations where different kinds of products are subject to same taxation or where the same kinds of products are subject to different taxation.

### 3.1.4. Art III GATT and the Allocation Rules of DTCs

Situations occur where different kinds of products are subject to the same taxation or where the same kinds of products are subject to different taxation.

For instance, if income from royalties can be allocated to a Permanent Establishment in the source country, the income will not be subject to withholding tax on royalties, cf. Art 12 in OECD MC, but subject to taxation as business profits, cf. Art 9 in OECD MC.

It seems not clear whether such examples of different treatment are contrary to Art III.

### 3.2. GATS

Article XXII GATS raises particular concerns in relation to the mutual agreement procedure in OECD MC Art 25. Due to Article XXII (3) GATS, disputes regarding agreements on the avoidance of double taxation may be brought before the Council for Trade in Services. A footnote to paragraph 3 contains the important exception that if the dispute relates to international agreements »which exist at the time of the entry into force« of the Agreement, the matter may not be brought to the Council on Trade in Services unless both States agree.

In this respect the commentaries to Art 25 OECD-MC regarding the Mutual Agreement Procedure should be noticed. The commentaries recommend that the Contracting States' obligations under the GATS could be incorporated in DTC's by the addition of the following provision:

»For purposes of paragraph 3 of Article XXII (Consultation) of the General Agreement on Trade in Services, the Contracting States agree that, notwithstanding that paragraph, any dispute between them as to whether a measure falls within the scope of this Convention may be brought before the Council for Trade in Services, as provided by that paragraph, only with the consent of both Contracting States. Any doubt as to the interpretation of this paragraph shall be resolved under paragraph 3 of Article 25 or, failing agreement under that procedure, pursuant to any other procedure agreed to by both Contracting States.«

From a Danish point of view, this recommendation has been followed in the DTC between Denmark and Canada (Art 30 paragraph 5)<sup>7</sup>. There do not seem to be any other DTC's with Denmark as party with the same provision.

### 3.3. TRIPS

Art 3 and 4 TRIPS contain provisions regarding national treatment of intellectual property. From their wordings it can be concluded that treatment of foreign intellectual property must be no less favourable than national treatment.

From a tax point of view it can be argued that the provision has relevance for royalties paid to non-residents, since royalty payments are most likely to be subject to withholding taxation. If the withholding taxation is more burdensome than if the royalty is paid to a domestic receiver, this could be a discriminating measure.

<sup>7</sup> For Danish literature on this subject, please refer to Michelsen, Aage, *International Skatteret* (2003), Forlaget Thomson, p 20, 444 and Michelsen, Aage, *SR-Skat* (1998), p 178.

However, there does not seem to be relevant statements from the Appellate Body regarding the impact of TRIPS on direct tax law. This could be explained by the fact that the scope of the articles is limited to the *protection* of intellectual property, and that this expression is interpreted narrowly, cf. *Indonesia – Auto*.

### 3.4. Conclusive Remarks

#### 3.4.1. *The Relationship between Art III GATT, Art XVII GATS and Art 24 OECD MC*

Non-discrimination in the field of direct taxation can be claimed with reference to both Art II GATT, Art XVII GATS and Art 24 OECD MC. However, the wordings of the articles are not similar to each other, and the impact of the articles is different.

For instance, the protection against discrimination in both GATT and GATS contain a MFN-clause, which is not found in the OECD MC. Moreover, articles in both GATT and GATS prescribe national treatment on Internal Taxation.

In contrast, due to Art. 24 OECD MC, residents and non-residents are generally not considered to be in a similar situation. Therefore a source country may tax a non-resident in a different way than a resident taxpayer, even if this results in a heavier tax burden. Such a treatment, which is in accordance with the OECD non-discrimination principle, would potentially infringe Art II GATT and Art XVII GATS, since those articles prescribe a »*treatment no less favourable*« in the territory of a contracting party.

#### 3.4.2. *The Relationship with the US Model Convention*

The tax treaty between Denmark and The US Art 1 paragraph 3 specifically relates to non-discrimination obligations under other agreements. The purpose of paragraph 3 is to make an exception to the rule provided in Art 1 paragraph 2, under which the tax treaty does not restrict any benefit accorded by any other agreement between Denmark and the US.

Paragraph 3 contains the following wording in item a:

»the provisions of Article 25 (Mutual agreement procedure) of this Convention exclusively shall apply to any dispute concerning whether a measure is within the scope of this Convention, and the procedures under this Convention exclusively shall apply to that dispute«.

The subparagraph provides that, notwithstanding any other agreement to which Denmark and the US may be parties (for instance: GATT and/or GATS), a dispute concerning whether a measure is within the scope of the tax treaty shall only be considered by the competent authorities of Denmark and

the US. Thus, procedures for dealing with disputes that may be incorporated into trade, investment, or other agreements between the Contracting States shall not apply for the purpose of determining the scope of the Convention.

#### **4. Export Subsidies**

According to the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (in the following: SCM), every WTO Member country has to prepare a list of subsidies on an annual basis. From a Danish point of view, there do not seem to be any direct tax provisions in contradiction with WTO law. However, as mentioned in chapter 1, WTO Agreements are binding from an international point of view (*»pacta sunt servanda«*) but do not have direct effect on individuals in Denmark.

If a Danish tax incentive is identified as a prohibited type of subsidy according to WTO law, there is no domestic law that forces a subsidised taxpayer to pay back his advantage. However, it could be argued that if the same identified subsidy infringes domestic competition law, a repayment could be forced.

##### *4.1. Subsidies according to Art XVI GATT, SCM-Agreement and Art XV GATS*

Due to Art 1 in the SCM a subsidy is deemed to exist if there is

1. a financial contribution
2. by a government or any public body
3. within the territory of a Member
4. and there is any form of income or price support in the sense of Art XVI GATT
5. and a benefit is conferred

According to Art 1.1 (a) (1) (ii) SCM, a subsidy shall be deemed to exist where government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits).

As seen in point 4), the definition of a subsidy in the SCM-Agreement depends on an *»income or price support«* in the sense of Art XVI GATT. Moreover, the definition of subsidies in the SCM-Agreement covers subsidies in the sense of Art XV GATS.

Generally, a distinction should be made between

- prohibited export subsidies, cf. Art 3.1 (a) SCM
- subsidies with adverse effects, cf. Art 5 SCM
- non-actionable subsidies, cf. Art 8 SCM

#### 4.2. *The Impact of Export Subsidies*

Due to footnote 5 SCM, measures referred to in Annex I SCM are not prohibited, i.e. under certain conditions are subsidies in fact contingent on export performance. Attention should therefore be paid to Appendix 1 of the SCM-agreement for an illustrative list of export subsidies. Item e) and f) concerns direct taxation, and have the following content:

*»The full or partial exemption remission, or deferral specifically related to exports, of direct taxes or social welfare charges paid or payable by industrial or commercial enterprises;  
The allowance of special deductions directly related to exports or export performance, over and above those granted in respect to production for domestic consumption, in the calculation of the base on which direct taxes are charged«.*

Due to footnote 58 in Annex I SCM, the term »direct taxes« shall mean taxes on wages, profits, interests, rents, royalties, and all other forms of income, and taxes on the ownership of real property.

Due to footnote 59 in Annex I SCM, arm's length corrections can be made by a Member under certain conditions without interfering with the WTO obligations. Thereby footnote 59 seems to have a potential huge impact on future developments in the area of tax avoidance rules, such as transfer pricing. In case *US – FSC*, the Appellate Body addressed the United States' claim that footnote 59 exempts a measure from being a prohibited export subsidy within the meaning of Article 3.1 (a) SCM. In rejecting this argument, the Appellate Body proceeded to examine footnote 59 sentence by sentence. This examination is illustrated in the following.

1. »The Members recognize that deferral need not amount to an export subsidy where, for example, appropriate interest charges are collected.
2. The Members reaffirm the principle that prices for goods in transactions between exporting enterprises and foreign buyers under their or under the same control should for tax purposes be the prices which would be charged between independent enterprises acting at arm's length.
3. Any Member may draw the attention of another Member to administrative or other practices which may contravene this principle and which result in a significant saving of direct taxes in export transactions.
4. In such circumstances the Members shall normally attempt to resolve their differences using the facilities of existing bilateral tax treaties or other specific international mechanisms, without prejudice to the rights and obligations of Members under GATT 1994, including the right of consultation created in the preceding sentence.

5. Paragraph (e) is not intended to limit a Member from taking measures to avoid the double taxation of foreign-source income earned by its enterprises or the enterprises of another Member«.

A useful academic interpretation of the relationship between Art XVI (4) GATT and the SCM Agreement is illustrated in US-FSC, paragraph 99 - 100. In Denmark the case is analysed in depth by Karsten Engsig Sørensen in *Festskrift til Aage Michelsen* (2000), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, p 396 - 399.

Regarding the first sentence of footnote 59, the Appellate Body points out, that » (s)ince the FSC measure does not involve the deferral of direct taxes, we do not believe that this sentence of footnote 59 bears upon the characterization of the FSC measure as constituting, or not, an 'export subsidy'«. The first sentence seems specifically related to the statement in item (e) above regarding export subsidies.

Regarding the second sentence of footnote 59, the Appellate Body reaffirms that Members of the WTO are »...obliged, by WTO rules, to tax any categories of income, whether foreign- or domestic-source income«. This reaffirmation is consistent with the »golden rule«<sup>8</sup> in the OECD MC, that a tax treaty in itself never can be the eligible provision to taxation.

Instead, the Appellate Body concludes that »...the operation of the arm's length principle is unaffected by the choice a Member makes as to which categories of foreign-source income, if any, it will not tax, or will tax less. Likewise, the operation of the arm's length principle is unaffected by the choice a Member might make to grant exemptions from the generally applicable rules of taxation of foreign-source income that it has selected for itself. In short, the requirement to use the arm's length principle does not address the issue that arises here, nor does it authorize the type of export contingent tax exemption that we have just described. Thus, this sentence of footnote 59 does not mean that the FSC subsidies are not export subsidies within the meaning of Article 3.1(a) of the SCM Agreement«.

Regarding the third and fourth sentences of footnote 59, the Appellate Body concludes that »...these rules have no bearing on the substantive obligations of Members under Articles 1.1 and 3.1 of the SCM Agreement«, i.e. footnote 59 sets forth rules that relate to remedies.

Regarding the fifth sentence of footnote 59, it was discussed whether the FSC could be a measure to avoid double taxation. The Appellate Body declined to examine this substantive issue, since this would be outside the scope

<sup>8</sup> See Vogel, Klaus, *Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar* (1996), München, Einleitung, margin no 46.



of their mandate with reference to the fact that the argument was new and only brought before the Appellate Body and not before the Panel, cf. paragraph 101. However, if the Appellate Body had found that the FSC could be a measure to avoid double taxation, this would exclude the FSC measure from the prohibition in Art 3.1 (a) SCM against export subsidies.

#### *4.3. Subsidies and Fiscal Incentives*

Fiscal incentives in the sense of Art 1.1 (a) (1) (ii) SCM was also analysed by the Appellate Body in the case *US-FSC*.

In paragraph 90 the phrase »'foregoing' of revenue 'otherwise due'« is interpreted, and the Appellate Body concludes that the term »otherwise« refers to a »normative benchmark« as established by the tax rules applied by the WTO Member in question. The Appellate Body rejects the use of a benchmark other than the tax rules of the Member in question, holding that to do otherwise is contrary to a Member's sovereignty of taxation.

However, it should be noticed that the Appellate Body expresses some reservations about the Panel's »but for« test in paragraph 91. The Panel had held that it would examine the situation »that would exist but for the measure in question«. The Appellate Body notes that this »but for« test is not actual treaty language and finds that the test may »not work in other cases«, i.e. the Appellate Body tried to find a common interpretation of the articles in question in the case *US-FSC*.

In this respect it could be discussed whether exemption methods, with and without subject-to-tax-provisions, could constitute a subsidy. In order to judge a controversial measure, the question does not only seem to be whether the overall tax burden or only the territorial tax burden is the benchmark. With reference to the argumentation by the Appellate Body in *US-FSC*, it can be argued that a subsidy can be a departure from the rules of taxation that would »otherwise« apply, cf. paragraph 95.

Therefore it seems reasonable to conclude that fiscal incentives such as exemption methods, with and without subject-to-tax-provisions, could constitute a subsidy, if they are provided in a way that would be different if the contested transaction was domestic. For instance, if profits from exports are exempt from taxation, and profits from domestic sales are not, this could be a prohibited export subsidy in the sense of Art 3.1 (a). This conclusion would be even stronger, if losses from exempted export activities could be deducted in other taxable income.

#### 4.4. WTO Subsidies and EC State Aid Provisions

The EC state aid provisions are stated in the EC Treaty section 2.

Art 87 (1) EC states, that »...any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market«.

From the wording of Art 87 (1) EC, it can be concluded that the provision can be applied to aid granted »in any form whatsoever«, i.e. a direct tax measure can in principle be in contradiction with the provision. In this respect it should be noticed that on December 10, 1998, the European Commission published the »Notice on the application of the State-aid rules to measures relating to direct business taxation«<sup>9</sup>. Notwithstanding the fact that the notice from the European Commission does not have the status as primary law (and therefore only gives an informal interpretation of Art 87 EC), its conclusion should be noticed. In paragraph 8-12, the European Commission identifies four cumulative criteria to identify State Aid contained in national tax measures:

1. the measure must confer on recipients an advantage which relieves them of charges that are normally borne from their budgets,
2. the advantage must be granted by the State or through State resources. For example, the Commission mentions that a loss of tax revenue is equivalent to consumption of State resources in the form of fiscal expenditure,
3. the measure must affect competition and trade between Member States, i.e. state aid is not in general abolished,
4. the measure must be specific or selective in that it favours »certain undertakings or the production of certain goods«, cf. Art. 87(1) EC.

However, due to the European Commission, a distinction must be made between state aid measures and general measures. Provided that a measure can be applied without distinction to all firms and to the production of all goods, the following tax measures do not constitute State aid:

1. Tax measures of a purely technical nature<sup>10</sup>
2. Measures pursuing general economic policy objectives through a reduction of the tax burden related to certain production costs<sup>11</sup>

<sup>9</sup> See OJ December 10, 1998 C 384/3 and IP/98/983.

<sup>10</sup> For instance: Setting the rate of taxation, depreciation rules and rules on loss carry-overs, provisions to prevent double taxation or tax avoidance etc.

Finally, it should be noticed that when comparing subsidies according to WTO law and EC state aid provisions, the big difference seems to be the range of application. Firstly, due to Art 87 EC, only state aid that potentially infringes the internal market is prohibited. Secondly, due to community law, a state aid measure may be justified if it is notified to the Commission, cf. Art 87(3). Therefore subsidies which are not state aids in the meaning of Art 87 EC can fall within the scope of WTO law.

## **5. Final Conclusions**

In general it can be argued that trade and tax regimes have evolved separately. WTO is encroaching on Members' tax policies, and the impact of this influence is increasing. Since direct taxation is an instrument, and free trade within WTO is a goal, it seems difficult – but not impossible – to find comparable measures within these two concepts.

Many international tax principles can be found in underlying WTO rules. For instance, Art XIV GATS values the bilateral network of DTC's and does not violate the principle of reciprocity. As mentioned above, also the principle of non-discrimination, the principle of efficiency and a concern over »harmful« tax competition can be found in the WTO Agreements.

This leads to the final answer regarding the question raised above in chapter 1, whether the WTO impact on direct taxation can be characterized as the fourth string in Danish international taxation. From my point of view, the question should be answered with a YES. There seems to be no doubt that the impact of the WTO Agreements on direct taxation seems more relevant than ever, and that WTO Agreements could have a potential impact on both domestic tax legislation, double tax conventions and secondary EU legislation in the field of direct taxation.

---

<sup>11</sup> For instance: R&D, the environment, training, employment etc.

# Kriminelle stofmisbrugere -spændingsfelt, sammenstød og måske synergi<sup>1</sup>

af

*Anette Storgaard*

## 1. Indledning

Denne beskedne opsats udgør alene nogle foreløbige tanker, der både hver især og sammen bør bearbejdes videre. I den hensigt at skære ikke mindst den ideologiske problemstilling helt ind til benet beskrives emnerne nogle steder mere énsidigt, end en fyldestgørende samfundsvidenskabelig analyse vil kunne bære. Udgangspunktet har dog for mit personlige vedkommende været gældende i mange år og formodes, hverken at være særlig unikt eller provokerende, men dog værd at fastholde: Den kendsgerning, at der overhovedet er en sammenhæng imellem narkotika, "misbrug", kriminalitet, straf og behandling, beror ikke på en naturlov, men på kulturelle, historiske og politiske forhold.

Fokus er rettet snævert på den befolkningsgruppe, der på én gang er både afhængige af narkotika og har udvist en adfærd, der medfører straf. De omtales, som "kriminelle stofmisbrugere". Jeg er enig med dem, som finder denne betegnelse ucharmerende og måske endda tenderende til nedladende. Alligevel har jeg ikke været i stand til at finde en bedre, ligeså kortfattet og - trods alt - sprogligt præcis betegnelse. Det er min påstand, at selvom fokus er på kriminelle stofmisbrugere, befinder mange flere strafafsonere sig i tilsvarende spændingsfelter. I princippet gælder det alle strafafsonere med "dobbelte diagnoser", f.eks. alkoholikere og psykisk syge, som ikke falder ind under straffelovens §§ 16 eller 69. Men det gælder også mennesker, som uanset årsag mere generelt savner sociale muligheder og/eller færdigheder, der gør dem i stand til umiddelbart at få en hverdag til at hænge sammen med bolig, job, netværk o.s.v.

<sup>1</sup> Artiklen er en let bearbejdet udgave af min artikel i Retspolitiske udfordringer, *Jørgen Jepsen og Jens Lyhne* (red). Gjellerup. 2003

Narkotika er en upræcis samlebetegnelse for en række stemningsændrende stoffer. Naturprodukter, som med tiden er suppleret af laboratoriefremstillinger. Også nogle former for medicin, som indtages af andre end den, recepten er udstedt til, ændrer i strafferetlig forstand status fra medicin til narkotika. Omgang med stofferne er oftest enten årsag til eller virkning af flere andre sociale og menneskelige problemer.

Samfundet har sat sig for at forsøge at kontrollere håndteringen af narkotika, og valget af kontrolmiddel er faldet på kriminalisering og straf. Sandsynligvis både fordi det er det klassiske valg, når det drejer sig om kontrol af i forvejen svage grupper i samfundet, og til en vis grad efter internationalt pres. Danmark er i en FN konvention forpligtet til - i ikke nærmere bestemt omfang - at straffe ulovlig omgang med narkotika, og de øvrige nordiske lande har hidtil haft en strengere kurs, som Danmark jævnligt har været søgt inddraget i.

Med strafbarheden følger høj risiko og høje priser, som igen øger dels behovet for flere penge, end man kan tjene i et sædvanligt job, dels fastholder den enkeltes fokus på fremskaffelse af stoffer med deraf følgende successiv opgivelse af andre livsværdier, herunder varetagelse af basale helbredsmæssige behov.

Tilsammen et vældigt spændingsfelt, fyldt med sammenstød og måske med potentielle synergier - altsammen skabt, indfanget, indkredset og defineret af mennesker.

## **2. Kort historik**

Trods apotekernes monopol på detailhandel af de omtalte stoffer, som igennem næringslivsregulering blev indstiftet i 1672, kunne enhver frit indføre og bruge stofferne, indtil apotekerne med apotekerloven af 1913 fik monopol på at indføre bl.a. morfin, kokain og opium, som opmærksomheden særligt var rettet imod.

Fra 1950 til 1953 arbejdede en indenrigsministeriel kommission på en betænkning, som kom til at danne grundlag for indførelsen af Lov om Euforiserende Stoffer i 1955. I tiden op til kommissionens nedsættelse havde man konstateret et vist udbredt forbrug af såkaldt eufomane stoffer. I begyndelsen fortrinsvis blandt bedrestillede og læger, men med tendens til udbredelse, således at man i 1949 skønnede, at 1.000-1.500 mennesker havde et ikke-lægeordineret (mis)brug af de stemningspåvirkende stoffer.

Lov om Euforiserende Stoffer er nu, som i 1955, bygget op med graduerede forbud (helt forbudt eller forbudt med visse undtagelser, ex. recept). De

stoffer, der er tale om, er optegnet i lister, der jævnligt ajourføres<sup>2</sup>. Loven åbner mulighed for straf indtil fængsel i 2 år for "ind- og udførsel, salg, køb, udlevering, modtagelse, fremstilling, forarbejdning og besiddelse..." (§2,stk 4 ). Hovedsageligt med henblik på at muliggøre strengere straffe blev straffelovens § 191 indført i 1969. Den omfatter overdragelse, henholdsvis besiddelse m.h.p. overdragelse og havde i første omgang en strafferamme på 6 år. I 1975 blev den udvidet til 10 år, og nu taler justitsministeren om yderligere forhøjelse, ligesom Straffelovrådet netop har foreslået at øge strafferammerne til henholdsvis 10 og under skærpede omstændigheder 16 år<sup>3</sup>.

Ifølge kriminalforsorgens oplysninger er cirka 38 % af fængselsafsonerne stofmisbrugere efter en meget bred definition, der bygger på, hvorvidt man har brugt hash eller andre euforiserende stoffer indenfor det sidste halve år før indsættelsen. Af denne gruppe anslår kriminalforsorgen, at cirka halvdelen er afhængige af de hårdere stoffer, især heroin og kokain<sup>4</sup>. De stofmisbrugere, der sidder i fængsel, er ofte dømt for berigelseskriminalitet eller for berigelse sammen med Lov om Euforiserende Stoffer eller, sjældnere § 191.

Amtsrådsforeningen mener, der er cirka 12.000 narkomaner i Danmark. Denne antagelse tager udgangspunkt i hvor mange, der er i kontakt med behandlingssystemet på én eller anden måde. Det er vanskeligt at vurdere, hvor meget større det reelle tal er. Men der er ikke tvivl om, at dem, der er i behandling, udgør et minimumstal for antallet af narkomaner. Hvis 38 % af landets 3600 fængselspladser, det vil sige 1368 pladser, er besat af narkomaner, svarer det til, at 11,4 % af de registrerede stofmisbrugere sidder i fængsel. Hvis vi koncentrerer os om halvdelen af de 38 %, som kriminalforsorgen mener er afhængige af hårdere stoffer end hash, er det 684 pladser, der konstant er besat med misbrugere, hvilket svarer til, at 5,7 % af alle misbrugere sidder i fængsel. De 3600 fængselspladser, samfundet råder over, svarer til 0,07 % af en befolkning på 5 mio. Uanset afrundinger og usikkerhed vedrørende antallet af narkomaner, lader dette overslag ikke tvivl tilbage om, at der er en kraftig overrepræsentation af narkomaner i fængslerne<sup>5</sup>.

Med andre ord har vi med kriminaliseringen og de deraf følgende høje priser på narkotika lagt grunden for en stor - og tilsyneladende permanent - opgave for vores straffesystem.

"I krig og ...gælder alle kneb"

Uanset hvad, der kommer først hos den enkelte: afhængighed af narkotika eller tilbøjelighed til kriminalitet, og uanset om afhængigheden er socialt eller

<sup>2</sup> Storgaard et al, side 13-21.

<sup>3</sup> Betænkning 1424, s. 647 ff.

<sup>4</sup> Kriminalforsorgen, 2000, side 45 f.

<sup>5</sup> Ofre, side 201.

kemisk/genetisk betinget, er narkotika og kriminalitet tæt - grænsende til uløseligt - forbundne. At vi i begge tilfælde har at gøre med samfundsfjender, som skal og bør bekæmpes, forekommer hævet over tvivl, når man lytter til debatten, både blandt oppinionsdannere og mere bredt i befolkningen.

Derimod savner valget af såvel strategi som bekæmpelsesmidler ofte indre konsistens og til tider ligefrem fornuft. Hvor skal vi koncentrere indsatsen: mod stofferne eller mod kriminaliteten? Skal vi prioritere behandling eller straf øverst, når vi står overfor en narkoman, som har overtrådt et straffebyrde? I disse spørgsmål er hverken den offentlige eller den organiserede politiske debat let at sammenfatte, så den fremtræder med et entydigt budskab.

Også udenfor det egentlige strafferetlige system møder vi en bred variation af bekæmpelsesmidler, hvoraf nogle har væsentlige lighedstræk med kriminalitetsbekæmpelse, og andre falder mere i tråd med en hjælpe- og behandlingstankegang. På internationalt plan taler vi, når indsatsen matcher straffankegangen om "War on drugs" eller "zero-tolerance", og når indsatsen i højere grad matcher behandlingstankegangen om "Harm reduction". I tidens løb har vi i relation til brugerne, som der er fokus på her, set initiativer, der relaterer sig til begge strategier.

F.eks var begyndelsen af 1990'ernes hetz mod narkomaner på Vesterbro i København og cirkulæret om tvangsbehandling af narkomaner fra 1992 initiativer, som faldt indenfor "War on drugs"-strategien og havde brugerne som indsatsmål. Omtalte cirkulære har vist sig imidlertid at få en skæbne med "nul-anvendelse" i praksis. Derimod vil stramningen af Udlændingeloven i 1996, som betyder, at udvisning er det principielle udgangspunkt ved gentagen handel med narkotika - uanset mængde - kunne ramme mange brugere, der ind imellem frister en skæbne som småpushere. Denne har dog heller ikke haft kraftigt gennemslag endnu.

Strategien om "Harm reduction" overfor brugerne slår bl.a. igennem, når vi praktiserer substitutionsbehandling (metadon) ved landets misbrugscentre, indretter varmetuer for udstødte, som narkomanerne udgør en andel af. Det ville også have været et markant skadesminimerende skridt, hvis forslaget om tildeling af lægeordineret heroin til udvalgte, hårdt belastede narkomaner, var blevet vedtaget. Dette var genstand for omfattende offentlig debat omkring årtusindskiftet<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Se mere bl.a. Ofre, side 208 ff.

### 3. Kriminelle stofmisbrugere

Brug af narkotika er ikke strafbart i Danmark, men i sig selv betragtet som behandlingskrævende i socialpædagogisk forstand. Brug er derfor knyttet til de sociale myndigheder. Men kriminalitet er, også når den er begået for at finansiere et narkotikabrug, strafbart. Og når der foreligger en strafbar adfærd, hersker der tilsyneladende ikke tvivl om, at samfundet har og skal have både pligt, vilje og evne til at straffe. Den holdning er også udbredt i de tilfælde, hvor kriminaliteten er en følgevirkning af forhold, der henhører under de sociale myndigheder. Straffen bliver i disse tilfælde i ordets egentlige betydning "symptombehandling", som ikke kan tillægges en ambition om at påvirke årsagen til den begåede kriminalitet.

Op igennem 1990'erne har man fra fængslernes side i stigende grad påpeget det uholdbare i, at fængslerne lukkede narkomaner ind og ud uden at gøre noget som helst i forhold til den afhængighed, der i realiteten bragte dem i fængsel. Et fængselsophold virker oftest forringede på et menneskes tilværelse på længere sigt, omend det i de tilfælde, hvor narkomanerne lever det mest kummerlige liv, også kan virke direkte livsforlængende med et fængselsophold. Dertil kommer, at den indsats, man som fængselspersonale kan yde under traditionelle afsoningsformer, ofte er utilfredsstillende, og når der er tale om behandlingskrævende indsatte, som f.eks. narkomaner, ind imellem af den enkelte funktionær kan opleves som stødende eller uetisk.

Samtidig mærkede man fra mange sider et stigende krav om nye toner i den kriminalpolitiske debat. Kravet gik ud på, at den gamle devise om at "ingenting virker" burde forlades til fordel for reelle bestræbelser på at finde noget, der kan "virke". Hvad der menes med at "virke" kan variere afhængigt af debatforum. Mest udbredt er dog, at "virkning" umiddelbart måles på tilbøjeligheden til tilbagefald i ny kriminalitet og/eller nyt stofmisbrug.

For at imødekomme behovet for, at noget skulle "virke", blev den "gamle kending", nemlig mulighed for at anbringe stofmisbrugere på en relevant institution i en del af afsoningstiden, udviklet og suppleret op igennem 1990'erne<sup>7</sup>.

I 1992 påbegyndtes det første initiativ til nytænkning indenfor kriminalforsorgen med hensyn til stofmisbrugere. Under betegnelsen "kontraktfængselsafdelinger" indgik nogle fængsler aftaler med nogle indsatte om, at de, mod helt at afholde sig fra omgang med narkotika under afsoningen, kunne opnå lidt bedre afsoningsvilkår end generelt i det pågældende fængsel. I enkelte fængsler har man efterhånden udviklet en praksis på de pågældende afdelinger, som kan sammenlignes med et terapeutisk miljø. Men udgangspunktet

<sup>7</sup> Tidligere med hjemmel i Straffelovens § 49, stk. 2 og nu med hjemmel i Straffuldbrydelseslovens § 78.



var, at der ikke foregik egentlig behandling. I første omgang kom ansættelse af behandlingsuddannet personale ikke på tale, men med tiden er der i hvert fald ét sted, nemlig i Statsfængslet i Ringe, blevet ansat en misbrugskonsulent<sup>8</sup>.

I perioden medio 1995 til udgangen af 2002 gennemførtes et forsøg med behandling som alternativ til ubetinget fængselsstraf for nogle kriminelle stofmisbrugere, som ikke var dømt for personfarlig kriminalitet og stod til en ubetinget dom på 6-12 måneder. Forsøget fandt sted i først 2 siden 3 amter og blev finansieret af Socialministeriet. Den økonomiske bevilling skulle sikre, at behandling fandt sted samt, at der altid var bolig og passende beskæftigelse til de, der gennemførte den første obligatoriske tid på døgninstitution<sup>9</sup>. Forsøget blev stoppet med henvisning til, at indsats og ressourceanvendelse ikke stod mål med resultaterne målt på gennemførelse og recidiv. Endvidere henviste man til store rekrutteringsproblemer og til, at forsøgsordningen var blevet for fasttømret, således at behandlingstilbuddene i for ringe grad blev tilpasset den enkelte misbrugers behov.<sup>10</sup>

I efteråret 1997 åbnedes for første gang afprøvning af det hidtil nyeste koncept, nemlig den såkaldte "Importmodel".<sup>11</sup> Konceptet har fået sit navn på baggrund af den særlige konstruktion, der består i, at et fængsel - i dette tilfælde Statsfængslet i Vridsløselille - importerer professionel behandlingsassistance fra en privat behandlingsinstitution, der i øvrigt udbyder sin ekspertise på det fri marked i konkurrence med den øvrige døgnbehandlingssektor. Netop i 1997 skete der på grund af omlægning i den sociale lovgivning et kraftigt spring opad i markedsandele for de private døgninstitutioner for misbrugsbehandling.

#### **4. Spændingsfelter og sammenstød**

I indledningen er groft skitseret det overordnede spændingsfelt, kriminelle stofmisbrugere på grund af deres "dobbelte diagnose" eksisterer i. Her går vi tættere på de konkrete initiativer, der meget kort er beskrevet ovenfor.

Kontraktfængselsafdelingerne eksisterer helt og holdent på fængselssystemets præmisser. Personaleallokeringen, ordens- og sikkerhedshensyn mv. har nok været til debat i en indkøringsfase, men værktøjerne til forhandling og

<sup>8</sup> Se i øvrigt om udviklingen på kontraktfængselsafdelingen i Ringe i "Nytter det?", side 123-134.

<sup>9</sup> Se for en beskrivelse og evaluering af forsøget "Behandling i stedet for straf".

<sup>10</sup> Indstillingen side 34-35.

<sup>11</sup> Se for en beskrivelse og evaluering af forsøget "Straf og misbrugsbehandling under samme tag" med supplement. Ny evalueringsrapport er planlagt til at ligge færdig i maj 2003.

løsning har været kendte og anerkendte af aktørerne, som var kriminalforsorgen, hovedsageligt repræsenteret ved de enkelte fængsler og Dansk Fængselsforbund. Kort sagt har disse afdelingers oprettelse og eksistens ikke fordret grundlæggende organisatoriske eller ideologiske omlægninger i fængslerne. Dette er dog ikke ensbetydende med, at de ikke har skabt forbedringer. I et længere historisk perspektiv, er det min vurdering, at kontraktfængselsafdelingerne vil indgå som et hensigtsmæssigt og nødvendigt, men ikke tilstrækkeligt, skridt på vejen til mere adækvate reaktioner overfor kriminelle stofmisbrugere.

Projektet, hvor nogle kriminelle stofmisbrugere fik en betinget dom med vilkår om at gennemføre et behandlingsforløb, fordrede ikke lovændringer, eftersom denne mulighed hele tiden har været til stede og fortsat er det indenfor straffelovens regler om strafudmåling. Det "grænseoverskridende" bestod i den øremærkede økonomiske bevilling<sup>12</sup> til behandling, bolig og passende beskæftigelse i en periode efter døgnbehandlingsopholdet. Scenen blev i første omgang sat i to amter, Frederiksborg Amt og Fyns Amt. I Frederiksborg Amt skulle hver deltager indgå i projektet i to år, i Fyns Amt var kravet et år, men elementerne: døgnbehandling, bolig og beskæftigelse var gennemgående. Senere blev Vejle Amt tilsluttet en model, der mest mindede om den fynske.

Allerede i 1995 var store dele af døgnbehandlingssektoren helt eller delvist på private hænder. De medvirkende amter skulle altså træffe beslutning om principperne for visitation i det nye projekt. I Fyns Amt valgte man at indgå entrepriseaftale med én institution og opnåede derved en gunstig stykpris. Institutionen kom imidlertid i krise med ledelseskifte og omstilling af behandlingskonceptet til følge. Fyns Amt måtte under vanskeligheder befri sig fra kontrakten og revurdere sin visitationspraksis. Det siger sig selv, at disse forhold spillede ind for nogle deltageres behandlingsforløb. Frederiksborg Amt valgte at fortsætte som hidtil, hvor man i hvert enkelt tilfælde forsøgte at "matche" klient og institution. Her blev stykprisen højere - og det mulige antal deltagere lavere - og man oplevede det usædvanlige, at nogle døgninstitutioner lavede egentlige reklamefremstød med tilbud om mængderabatter mv., da det kom frem, at amtet fik del i en central bevilling.

I begge amter måtte man erfare, at det krævede nytænkning at være i direkte dialog med et nyligt liberaliseret område, hvor der hidtil ganske vist også havde været privat drift, men på grundlag af driftsoverenskomster, som i stor udstrækning regulerede udbud og efterspørgsel og i praksis gjorde visitationerne relativt forudsigelige.

<sup>12</sup> Givet ved Folketingsbeslutning, B 46. 1995. Optrykt i *Storgaard 1999* (1).

Efter døgnopholdet skulle den dømte have tilbud om bolig og passende beskæftigelse. Anvisning af bolig er i denne sammenhæng et kommunalt anliggende, det samme gælder beskæftigelse. Her lå en ny udfordring med at sikre kommunikationen imellem amtet, som var ankermand i behandlingen og administrator af bevillingen, og den pågældendes kommune. I begge amter opstod der især problemer i forhold til mindre kommuner med få stofmisbrugere og ringe kontakt til amtets centrale byer. I en vis udstrækning blev resultatet, at deltagerne flyttede fra deres tidligere hjemkommuner til de større byer. I Fyns Amt havde de første deltagere ingen bolig umiddelbart efter institutionsopholdet, så de startede dagbehandlingsperioden henholdsvis i sommerhus og på hotelværelse.

Samtidig skulle de sociale myndigheder respektere dommens krav om minimumsopholdstid på døgninstitution, hvilket reelt og formelt var et indgreb i den faglige vurdering af behandlingsbehov og -motivation. Yderligere skulle der, som altid ved en betinget dom, være et kompetencemæssigt rum for den fri kriminalforsorgs tilsyn. Kriminalforsorg på den ene side og amt/kommune/behandlingsinstitution på den anden side havde ingen gensidig indsigt i hverken skønsudøvelse eller retlige krav og praksis. Paradoksalt nok opstod der behandlingsmæssige krav om konsekvens f.eks. bortvisning eller karantæne langt tidligere, end der efter kriminalforsorgens skøn var grundlag for indberetning af vilkårsbrud. Men egentlig bortvisning, som altid var en mulighed for døgninstitutionernes øvrige klientel, kunne ikke finde sted overfor denne gruppe uden rettens mellemkomst og retten kunne kun inddrages efter anmodning fra kriminalforsorgen. Et eksisterende sæt af vejledende retningslinjer om samarbejde mellem kriminalforsorg og sociale myndigheder udgjorde ikke et relevant værktøj<sup>13</sup>.

Uden klare målsætninger, uden forudgående uddannelse i tværsektorielt samarbejde, og med beskedne forberedelsesmuligheder stod medarbejderne meget pludseligt overfor en ny og stor udfordring. F.eks. blev Fyns Amts personale til dagbehandlingen ansat pr. samme dato, som de første klienter skulle påbegynde dagbehandling,

Den formelle mulighed for at idømme betinget dom med vilkår om gennemførelse af et behandlingsforløb har hele tiden været til stede i hele landet og er det fortsat. Det nye i dette projekt var den obligatoriske opfølgning med bolig og beskæftigelse, som samtidig "tvang" myndighederne til at indlede tværgående dialog. Men da bevillingen var brugt op med udgangen af 2002, blev den ikke forlænget.

<sup>13</sup> Vejledende retningslinjer for samarbejdet mellem de sociale myndigheder og kriminalforsorgens institutioner og afdelinger", Socialministeriet og Kriminalforsorgen. 1998. Er for tiden under evaluering.

Det er min vurdering, at projektet er lukket på et meget kvantitativt grundlag uden overvejelse af, om det i grunden viste noget uventet. Er det uventet, at myndigheder med vidt forskellige ideologier og praksiser skal bruge tid til at finde hinanden? Er det uventet, at offentlige myndigheder, som hidtil udelukkende har befundet sig i et offentligt, ikke-kommercielt rum, skal lære at kontrahere med private, før det lykkes? Er det uventet, at nogle stofmisbrugere ikke gennemfører et påbegyndt behandlingsforløb? Er det uventet, at indkøringsproblemer, samarbejdsvanskeligheder og lukningstrusler nedsætter succesraten? Og allervigtigst: Er det uventet, at stofmisbrugere, som har en misbrugskarriere på 7-10 år ikke fuldstændigt ændrer livsstil på et år? Svaret er i alle tilfælde: Nej!

Med importmodellen har vi også offentlige overfor private institutioner. Men kontrakt og aftale af rammer for samarbejdet ligger hos begge parter på højeste niveau. Dette har dog ikke gjort implementeringen problemfri.

I hvert fald den første tid gav det dønninger i fængslet, at en privat behandlingsskole personale var blevet en del af hverdagen. Udover at være privat, er Kongens Ø kendetegnet ved udelukkende at benytte behandlingsskole personale, der selv har en fortid som misbrugere og i realiteten ikke sjældent også som strafansatte! Betydelige dele af fængslets personale var stærkt kritiske overfor projektet, hvilket både de positive blandt fængselspersonalet og behandlingsskole personalet fik at mærke igennem negative attituder. Dertil kom en række kompetencemæssige overvejelser, som det, trods god vilje blandt de dagligt engagerede i begge lejre, var vanskeligt at overvinde. Hvad gør man, når det er behandlingsskole mæssigt påkrævet, at patienten kommer lidt ud i frisk luft her og nu, men den indsatte ikke har gårdtur før dagen efter? - eller når den indsatte har krav på at få besøg, men det er behandlingsskole mæssigt kontraindiceret, at patienten har kontakt med sin misbrugende, men ustraffede ægtefælle? Tiden har dog vist, at mange af den slags problemer var til for at blive "løst". Også når der rent principielt har været tale om retsgarantier for de indsatte, som ikke blev indfriet, f.eks. netop besøg, brevveksling og talsmandsvalg.

Importmodellen byder også på nye udfordringer i samarbejdet mellem offentlige myndigheder. I importmodellen tilbydes behandling, som i alt væsentligt kan sammenlignes med den behandling, som finder sted i institutionens regi udenfor fængslet. Kongens Ø har en stor institution i Nordsjælland, hvor man modtager patienter fra hele landet, når de visiteres af deres amter. For at komme til afsoning på behandlingsafdelingen i Vridsløselille skal man visiteres af fængselsmyndighederne. I fængslet når man typisk til trin tre eller fire ud af de 12, et behandlingsforløb består af.

I de første par år af behandlingsafdelingens levetid gav en "automatisk" indstilling fra fængslet til en afsoners hjemamt om, at den pågældende burde bevilges et ophold på Kongens Ø i forbindelse med løsladelse, anledning til en del frustrationer. Efter en hårdt tiltrængt informationsrunde til alle amter og efter en omlægning af praksis i fængslet bl.a. med tidligere orientering overfor amterne, er relationerne mellem fængslet og de fleste amter gode, og der indgås som regel acceptable aftaler med hensyn til behandling i forbindelse med løsladelse.

I mellemtiden er den sociale lovgivning ændret med det til følge, at der kan være uklarhed om hvilken kommune, der er forpligtet til at betale den kommunale del i forbindelse med institutionsophold ved løsladelse. Der er tre muligheder: enten den kommune, hvor vedkommende havde adresse før indsættelsen, som han måske og måske ikke vender tilbage til, den kommune, hvor fængslet ligger og vedkommende aktuelt har adresse i, eller den kommune, hvor vedkommende får adresse, når han kommer på institutionen. Det sker ikke sjældent, at en indsat samtidig med, at der stilles meget store krav til ham i den daglige behandling i fængslet, afventer afklaring af disse spørgsmål helt frem til få dage før sin løsladelse.

## **5. Måske synergi**

Der kunne og burde siges mere om de omtalte projekter for kriminelle stofmisbrugere. Men her er fokus udelukkende på det møde, der finder sted mellem forskellige ideologier og praksiser i forbindelse med kriminelle stofmisbrugerens ønskede eller uønskede kontakt med offentlige myndigheder.

Strukturelt har vi de offentlige arbejdskulturer, incitament-strukturer mv., der skal finde veje igennem egne regler og traditioner til konkret opgaveløsning på et marked, hvor interessevaretagelsen er liberaliseret, og private profithensyn principielt er både legale og legitime. Dertil kommer den - måske ikke mindre - udfordring, der består i, at offentlige myndigheder med meget forskellige traditioner skal finde hinanden.

Ideologisk har vi på den ene side et straffesystem med en dominant hierarkisk struktur og koncentration af økonomi og - endnu vigtigere - beslutningskompetence. Ideologisk er kontrol og tvang dominerende kendetegn. På den anden side har vi det sociale system med en meget høj grad af decentralisering af såvel økonomi som beslutningskompetence. Her bygges på en ideologisk platform med hjælp og tilbud som karakteristika. Samtidig er der sket en spaltning af kompetencen til at tilbyde hjælp, idet misbrugsbehandling tilbydes via amtslige myndigheder, medens de fleste andre relevante tilbud som bolig, beskæftigelse og uddannelse henhører under kommunerne.

Iagttagelser og interviews med en lang række meget forskellige aktører i forbindelse med implementering af de omtalte projekter leder frem til to erkendelser. For det første at strukturer, faglige traditioner, kulturer, ideologier og politiske/fagpolitiske magtrelationer kan vanskeliggøre, forsinke og indholdsmæssigt påvirke nyskabelser betydeligt. For det andet viser det sig at frigøre en mængde energi og initiativ hos de medarbejdere, der bliver en del af et nyt projekt.

Især hvis projektet er forbundet med positive politiske signaler, og måske oven i købet er tildelt beskeden ekstra økonomi. Muligheder for at løse sine opgaver på en ny måde, tænke og handle på tværs og selv vurdere og modellere fremgangsmåde og resultat, åbner øjnene for nye problemstillinger, handlemåder og resultater.

Kort sagt får jobbet ny mening og arbejdsglæden nyt liv. Dette er til glæde for medarbejderen. Udover indholdet i det nye projekt smitter denne arbejdsglæde af på opgaveløsningen og forplanter sig derved til klientens fordel. I bedste fald sker der med andre ord det paradoksale at utilsigtede sammenstød fører til resultater, der rækker videre end det realistisk forventelige resultat af en addering af fleres indsats. Med andre ord kan der opstå en synergieffekt, som det kan undre, at der ikke har været mere personalepolitisk opmærksomhed mod i tidens løb.

#### Litteratur

Straffelovrådets betænkning om straffastsættelse og strafferammer. Bet. 1424. 2002(3).

"Indstilling om den fremtidige fælles indsats for kriminelle stofmisbrugere" Afgivet af en embedsmandsgruppe mellem Socialministeriet og Direktoratet for Kriminalforsorgen. Juni 2002.

Storgaard, Anette "Misbrugsbehandling i danske fængsler" i Greve et al (red):

"Nytter det? Mosaik om kriminalforsorg og kriminalpolitik". 2001.

Årsberetning fra Direktoratet for Kriminalforsorgen. 2000.

Storgaard, Anette "Straf og misbrugsbehandling under samme tag - overgangen til frihed, et supplement". Center For Rusmiddelforskning. 2000.

Storgaard, Anette "Ofre for Narkotikakriminalitet" i Nielsen, Beth Grothe (red.): "Kriminalitetens ofre og straffesystemet". 2000. (Ofre)

Storgaard, Anette "Behandling i stedet for straf til nogle kriminelle stofmisbrugere", Center For Rusmiddelforskning. 1999 (1).

Storgaard, Anette "Straf og misbrugsbehandling under samme tag". Center For Rusmiddelforskning. 1999

Storgaard, Anette (red.), Syrette Vinding Kruse og Jacob Hilden Winsløw: "Narkotikakontrol i Danmark", Alkohol- og Narkotikarådets Skriftserie 14. 1989. (Storgaard et al)

## Nordisk fornuft eller romersk spidsfindighed? Tre ”studievejledninger” fra 1700-tallet

Af

*Lektor Per Nilsén*

### 1. Indledning

I de seneste år er det komparative, sammenlignende, perspektiv kommet til at spille en vigtig rolle inden for den retshistoriske forskning og undervisning.<sup>1</sup> Årsagen skal selvfølgelig findes i den tiltagende europæisering, ja endog globalisering af nationalstaternes retsordener. I det senmoderne samfund drages tankestrukturer, autoriteter og værdier i tvivl, som under lang tid temmelig ureflekteret betragtedes som indlysende. Nationalstaten som ramme for samfundslivet synes ikke sjældent at være utilstrækkelig og forbigået af udviklingen på det politiske, økonomiske og tekniske område.

Denne udvikling er en udfordring også for den retsvidenskabelige forskning og den juridiske uddannelse. Den nationale rets aftagende betydning og mødet med »fremmede« rets- og værdisystemer tvinger juristen til en bevidst åbenhed over for alternative løsningsmåder på retlige spørgsmål – selv om gode kundskaber i »egen« ret foreløbig naturligvis vil udgøre en grundforudsætning for vellykkede fungerende problemløsningsmodeller i det praktiske retsliv. Den retlige diversificering stiller også store fordringer til en reflekterende bevidsthed om den »egen« retsordens grundværdier og grundantagelser. Ved at undersøge og bevidstgøre den nationale retsordens fremvækst og dens bånd til andre retstraditioner kan – forhåbentlig – harmoniske interesseafvejninger muliggøres; en retsorden er jo langt mere end en værdineutral sum af alle gældende retlige normer i en bestemt stat eller i et bestemt territorium.

Interessen for komparative studier af retten falder sammen med en tiltagende interesse for studiet af retskulturer, et begreb lanceret af Lawrence M. Friedman som en reaktion imod, hvad han opfattede som et tankeløst brug af ordet retssystem. Retskulturforskningen voksede frem under 1970-erne

<sup>1</sup> Se f.eks. forordet i *Ditlev Tamm, Retshistorie. Danmark – Europa – globale perspektiver* (København 2002), s. IX.

som det nærmeste sociologiske studium af de værdier og holdninger, som i et vist samfund bestemmer, hvilke strukturer som skal bruges, hvilke regler som er gyldige (eller ikke gyldige) og de bagved liggende årsager til disse forhold. Dette funktionelle syn på retten er blevet kritiseret dels for vaghed, dels for et udenforperspektiv.<sup>2</sup> Som et mere eksakt begreb har Roger Cotterrell foreslået retlig ideologi – *legal ideology* –, som skal forstås som en kombination af idéer, værdiforestillinger og holdninger bundne til en vis retlig doktrin.<sup>3</sup> Gennem denne angrebsmåde fokuserer retskulturforskningen på juristen selv og ikke på retten som en blandt andre samfundsfunktioner.

I beskrivelsen af de forskellige retsordener og deres særtræk er især to modeller blevet brugt. Den traditionelle komparativretlige, som fra et vestligt udgangspunkt definerer en inddeling i en romersk-germansk *civil law*-familie, en *common law*-familie og en socialistisk familie, er begyndt at slå alvorlige revner, dels som en konsekvens af de socialistiske staters sammenbrud og det europæiske samarbejde, dels pga. at mange nationers retsordener klassificeredes i overensstemmelse med deres koloniale fortid. En alternativ synsmåde baseret på to overordnede (rets-) kulturelle familier er derfor lanceret og konstrueret rundt om begreberne *western legal culture* og *non-western legal culture*, dvs. asiatisk, islamisk og afrikansk retskultur. Det har i denne sammenhæng været hævdet, at meningsfulde komparative studier mellem de to familier næppe er mulige – men derimod mellem retsordener indenfor de to familier og da især mellem, hvad man kan kalde de »nært beslægtede familiemedlemmer«, f.eks. mellem de forskellige retsordener, som er repræsenteret blandt de kontinentaleuropæiske medlemmer af Den europæiske Union.<sup>4</sup>

I det nærmest klassiske komparativretlige værk af Konrad Zweigert og Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3. opl. 1996) deles verden i seks forskellige *Rechtskreise*. Ti temmelig velkendte sider af værket beskæftiger sig med den nordiske kreds, som af forfatterne anses at udgøre noget for sig selv, sammenlignet med de andres kredsers forskellige karakteristika. De kriterier, som har været udslagsgivende for den beskrevne inddeling, er af forfatterne kaldet stilfaktorer. Til disse regnes den specifikke retsordens historiske oprindelse og udvikling, den i retsordenen dominerende juridiske tankemåde, eksistensen af særligt kendetegnende retsinstitutter, retskildernes karakter og deres fortolkning samt ideologiske faktorer. Den sidstnævnte stil-

<sup>2</sup> Kjell Å. Modéer, Vad är rättskultur? i: Rätten. Et festskrift till Bengt Ankarloo (red. Charlotte Tombjær [Lund 2000]), s. 387–391.

<sup>3</sup> Roger Cotterrell, The Concept of Legal Culture i: Comparing Legal Cultures (udg. David Nelken [Dartmouth 1996]), s. 21–23.

<sup>4</sup> Mark Van Hoecke & Mark Warrington, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law i: International and Comparative Law Quarterly 47 (1989), s. 495–536, især s. 489–508, 532–536.



faktor har i dag – efter de allerfleste socialistiske staters sammenbrud – størst betydning for ikke-europæiske retstraditioners vedkommende. Af den grund lader en inddeling af forskellige »vestlige« retstraditioner sig ikke foretage.<sup>5</sup> En stilfaktor, som har udøvet en stor indflydelse på Zweigerts og Kötz' argumentation angående den nordiske kreds' stilling i forhold til omgivelserne, er derfor den historiske: »Die Verwandtschaft der nordischen Rechte erklärt sich daraus, daß zwischen den skandinavischen Ländern seit jeher besonders enge politische und kulturelle Beziehungen bestanden haben.«<sup>6</sup>

Inddelingen i forskellige kredse/retskulturer er ligesom andre opdelinger mere eller mindre udtalt baseret på en grænsesætning mellem »os« og »dem«, mellem »indenfor« og »udenfor« – en dikotomi, som afspejles såvel i individets afgrænsning imod andre som i nationalstatens suveræne singularitet i forhold til dens naboer. I international belysning er konstruktionen af det nordiske ganske særpræget, eftersom den nordiske samhörighed i al væsentlighed baseres på en grænseoverskridende kulturel identitet inden for de suveræne staters rammer. Dermed forudsætter en nordisk retskulturel identitet grænsesætninger både imod de nordiske nabostaters retsordener og imod ikke-nordiske. I det første tilfælde udgør grænsen en politisk men måske ikke kulturel adskillelse, i det andet tilfælde et skel såvel i politisk som kulturel henseende. På samme måde forudsætter eksistensen af en nordisk retskultur – eller for at komme tilbage til Cotterrells begreb en nordisk retlig ideologi – at den i forhold til andre bærer på, eller i hvert fald *opfattes* som at bære på visse særprægede idéer, værdiforestillinger og attituder.

Formålet med denne artikel – som er et led i en større undersøgelse af rødderne til dagens nordiske selvbillede på det retlige område<sup>7</sup> – er at præsentere og sammenligne de forestillinger vedrørende retten og den juridiske uddannelse, som vi møder i tre skrifter fra det 18. århundrede. Skrifterne er, nævnt i kronologisk orden efter udgivelsesår, David Nehrmans (senere adlet Ehrenstråle) *Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem* (1729)<sup>8</sup>, Andreas Hoiers *Forestilling paa en dansk Jurist* (oprindeligt trykt som latinsk disputats under titlen *Idea Icti Danici pars prima* 1736 og derefter oversat til

<sup>5</sup> Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3. Aufl., Tübingen 1996), s. 73, 67–71.

<sup>6</sup> Cit. Zweigert & Kötz, s. 272.

<sup>7</sup> »Nordisk rättskultur – arv eller konstruktion?«, finansieret af Centrum för Europaforskning ved Lunds universitet.

<sup>8</sup> David Nehrman, *Inledning Til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem, Af Naturens Lagh Och Sweriges Rikes äldre och nyare Stadgar uthdragen och upsatt [...]*. (Lund 1729). I faksimileudgave (tilsammen med Nehrmans senere komplettering, *Then Swenska Jurisprudentia Civilis* [1746]) udgivet af K.Å. Modéer i: *Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund*, 35 (Lund 1979).

dansk og udgivet af Peder Sommer 1737)<sup>9</sup>, og endelig Peder Kofod Anchers *En kort Anviisning i sær for en dansk Jurist*, trykt 1755.<sup>10</sup> Alle tre arbejder (for Nehrmans vedkommende imidlertid kun de første kapitler af værket) har det til fælles, at de kan betragtes som vejledninger til det juridiske studium – et studium som i de daværende to nordiske statsdannelser fik sine første egentlige reguleringer i årene 1736 (Danmark)<sup>11</sup> og 1749 (Sverige)<sup>12</sup>. Det er min forhåbning, gennem granskning og sammenligning af de tre arbejder at komme på sporet af nogle af rødderne til den nordiske retskulturelle identitet.

## 2. David Nehrman, Andreas Hoier, Peder Kofod Ancher – og Christian Thomasius

De tre personer David Nehrman, Andreas Hoier og Peder Kofod Ancher spillede alle en væsentlig rolle for udviklingen af retten og den juridiske uddannelse i Sverige og Danmark-Norge i den første halvdel af 1700-tallet. Nehrman var ansvarlig for den juridiske uddannelse ved universitetet i Lund i mere end 30 år, en periode hvor det lykkedes ham ikke blot at genoprette det juridiske fag lokalt men også at påvirke den svenske retsudvikling generelt – primært som forfatter til lærebøger men også som initiativtager til den svenske juridiske eksamen i 1749.<sup>13</sup> Hans stilling i retsudviklingen kan måske bedst illustreres ved det epitete, som – ikke uden lokal stolthed – tildeltes ham i den universitetshistorie, som publiceredes ved universitetets 200-årsjubilæum i 1868: »den egentlige grundlæggaren af det juridiska studiet vid Lunds universitet såväl som af den svenska juridiska vetenskapen i senare tid«. <sup>14</sup> Andreas Hoiers virksomhed var også tæt forbundet med reorganiseringen af det juridiske studium og især med en stærk interesse for at fremme

<sup>9</sup> *Andreas Hoier*, Forestilling paa En Dansk Jurist, Den I. Part forfattet i en offentlig Disputatz, holden den 4 April. 1736 [...] nu fordansket [...] af Peder Sommer, LL.C. (Kiøbenhavn 1737).

<sup>10</sup> *[Peder] Kofod Ancher*: En kort Anviisning i sær for en Dansk Jurist, angaaende Lovkyndigheds og Staats-Konstens adskillige Deelee, Nytte og Hielpemidler [...]. (Kiøbenhavn, 1755).

<sup>11</sup> Forordningen af den 10. Februar 1739 – trykt i *Jacob Henric Schou* (udg.), *Chronologisk Register over de Kongelige Forordninger og Aabne Breve* [...] som fra Aar 1670 ere udkomne [...] 3 (3. udg., Kiøbenhavn 1822), s. 191–197.

<sup>12</sup> K.M:ts förordning 10.3.1749 – trykt i *Reinhold Gustaf Modée* (udg.), *Utdrag utur alle [...] Publique Handlingar* [...] IV (Stockholm 1754), s. 2857.

<sup>13</sup> K.Å. Modéer, David Nehrman-Ehrenstråle. En inledning i: *Nehrman*, s. IX–XIII; *Jan Eric Almqvist*, David Ehrenstråle, art. i *Svenskt biografiskt lexikon XII* (Stockholm 1949), s. 385–391 og *densamme*, *Svensk juridisk litteraturhistoria* (Stockholm 1946), s. 177–194.

<sup>14</sup> Cit. *Martin Weibull & Elof Tegnér*, *Lunds universitets historia II* (Lund 1868), s. 108.

studiet af dansk ret. Til forskel fra situationen ved de svenske universiteter, hvor den indenlandske ret var en fast del af undervisningen fra 1600-tallet,<sup>15</sup> blev dansk ret formelt først gennem fundatsen fra 1732 en del af universitetets juridiske kanon. Såvel i tilblivelsen af universitetsreformen som af juridisk eksamen i 1736 forekommer Hoier at have spillet en aktiv rolle, og han blev også i 1734 tildelt professoratet i natur- og folkeret samt statsret.<sup>16</sup> Andreas Hoiers virksomhed ved fakultetet medførte, for at bruge en for det sene 1800-tallet ret karakteristisk vending, at en ny generation danske jurister blev uddannet som »i fuldeste Maal magtede selv at bære og fremme en national Retsvidenskabs udvikling«. <sup>17</sup> Til de førende i denne generation hørte ubestrideligt bornholmeren Peder Kofod Ancher, som også afløste Hoier i professoratet efter dennes død 1741.<sup>18</sup> Mest kendt er ellers hans retshistoriske arbejde fra 1769/1776, *En Dansk Lov-Historie Fra Kong Harald Blaatands Tid til Kong Christian den Femtes*.

Nehrmans og Hoiers uddannelse var i høj grad præget af deres ophold ved tyske universiteter, især ved det i Halle, hvor juristen Christian Thomasius var en dominerende gestalt. Med en kritisk, historisk metode som grund fremhævede han det indenlandske frem for det mere eller mindre recepierede romerske i den tyske retsorden og med tolerancen som udgangspunkt og den menneskelige fornuft som våben kritiserede Thomasius hekseprocesserne og diskuterede den åbenbarede, guddommelige rets stilling som virkelig bindende retskilde for enhver. Universiteternes og videnskaberne opgave var ikke i

<sup>15</sup> 1655 års fundats for Uppsala universitet er trykt i *C.M. Schybergsson, 1655 års universitetskonstitutioner. Övertryck ur Åbo akademis årsskrift 1918 (Åbo 1918)*. Uppsalafundatsen fungerede som en normalfundats for alle senere grundlagte universiteter i riget; for Lunds universitets vedkommende understregedes Uppsalas stilling som moderuniversitet gennem Kgbrev 14/3 1669 ifølge hvilket det »[e]mellan Kongl. Academierna uti Upsala och Lund skall vara en likhet uti bruk och seder, hvarom then förra med then senare skall flitigt correspondera«. Trykt i *Lunds akademis constitutioner med Öfversättning* (udg. Fredrik Schrevelius, Lund 1832), s. 174.

<sup>16</sup> *Poul Johs. Jørgensen, Retsundervisningen og Retsvidenskaben ved Københavns Universitet 1537–1736. Forordningen af 10. Februar 1736 i: Festskrift i Anledning af tohundred Aars Dagen for Indførelsen af juridisk Eksamen ved Københavns Universitet* (red. Erik Reitzel-Nielsen & Carl Popp-Madsen, Kjøbenhavn 1936), s. 85–87, 95–97; *Troels G. Jørgensen, Andreas Hojer – jurist og historiker* (København 1961), s. 97–101, 143–144, 152–155.

<sup>17</sup> Cit. *Henning Matzen, Kjøbenhavns Universitets Retshistorie 1479–1879 II* (Kjøbenhavn 1879), s. 89.

<sup>18</sup> Om Kofod Ancher, se f.eks. *Frantz Dahl, Peder Kofod Ancher art. i: Dansk Biografisk Leksikon XIII* (København 1938), s. 85–89 og *Ditlev Tamm, Peder Kofod Ancher art. i: Dansk biografisk leksikon, 3. udg., VIII* (København 1981), s., 149–150.

følge Thomasius at opdrage kristne men at opdrage fornuftige mennesker.<sup>19</sup> Hans reforminteresse afspejledes ikke mindst i reformen af den juridiske uddannelse, han fik mulighed for at gennemføre i Halle. I modsætning til forelæsningerne ved de ældre universiteter skulle uddannelsen her tjene til praktiske formål. I stedet for at præmiere kundskaber i unyttig viden burde de studerende gives mulighed for at fordybe sig i almen dannelse, som faktisk kunne have betydning for den unge jurists fremtidige erhvervsliv.<sup>20</sup> Thomasius' forestillinger kom især gennem Nehrmans og Hoiers formidling til at påvirke også de nordiske lande, men i hvilken grad og på hvilke områder er endnu ikke fuldstændigt undersøgt.<sup>21</sup> Det er ikke denne artikels formål at præsentere et studie af den nordiske Thomasiusreception, men derimod at stille spørgsmål i forbindelse med ham og hans efterfølgeres – den såkaldte Halleskoles – eventuelle bidrag vedrørende opfattelsen af nordisk ret med udgangspunkt i de tre ovennævnte skrifter.

### 3. "Studievejledningerne" – en sammenligning

De tre nævnte arbejder – Nehrmans *Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem*, Hoiers *Forestilling paa en dansk Jurist* og Kofod Anchers *En kort Anviisning i sær for en dansk Jurist* – er altså alle udformet med formålet at give de studerende et overblik af retskilderne, hjælpevidenskaberne og – hvad især gælder Hoiers og Kofod Anchers skrifter – også mere håndgribelige råd overfor studiet af de juridiske fag. I denne sammenhæng skal dét, som har relevans for spørgsmålet vedrørende opfattelsen af den »egne« ret og dens forhold til omgivende retsordener fortrinsvis undersøges. Forskel og ligheder mellem forfatterne skal fremhæves ligesom referencer til Thomasius.

Det er måske derfor logisk at begynde med definitionen af begrebet ret. Andreas Hoier begynder sin fremstilling med at definere *jurisprudentzen*,

<sup>19</sup> Om Thomasius i denne forbindelse, se f.eks. *Notker Hammerstein*, Jus und Historie. Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und im 18. Jahrhundert (Göttingen 1972), s. 50–57, 84–91 og – især vedrørende den åbenbarede guddommelige ret og hekseprocesserne – *Peter Schröder*, Christian Thomasius zur Einführung (Hamburg 1999), s. 38–79, 135–152.

<sup>20</sup> *Rolf Lieberwirth*, Christian Thomasius und die Gesetzgebung i: Christian Thomasius 1655–1728. Interpretationen zu Werk und Wirkung (udg. Werner Schneiders, Hamburg 1989), s. 173–179.

<sup>21</sup> Se dog *Lars Björne*, Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia I. Tiden före år 1815 (Rättshistoriskt bibliotek LII [Lund 1995]), s. 253–257. Vedrørende Thomasius' indflydelse på Hoiers *Forestillingt*, se *Troels G. Jørgensen*, s. 258–250; om Nehrmans *Inledning* og eventuelle forbilleder i Halle, se K.Å. Modéer i *Nehrman*, s. IX–XIII, hvor Modéer fremholder ligheder mellem Hallejuristen J.F. Ludovicis arbejder og Nehrmans; se videre også s. XXII–XXV.

som efter Ulpian og Justinians opfattelse (*Institutiones* 1,1,1) »er en Kundskab paa de Guddommelige og Menneskelige Ting og en Videnskab om Ræt og U-ræt«;<sup>22</sup> mens Nehrman inddeler faget i *jurisprudentia legislatoria* – »then lagstiftande Klokheden«, *jurisprudentia consultatoria* og grunden for de begge: *jurisprudentia judicialis* – »then dömmande Lagfarenheten«.<sup>23</sup> Peder Kofod Ancher definerer lovkyndigheden som den videnskab, der har som mål at give forståelse af lovene og vejledning til at »applicere dem efter Omstændighedeme« og har i øvrigt en inddeling af stoffet, som ligner Nehrman: *jurisprudentia legislatoria* og *jurisprudentia judiciaria*, om end Kofod Ancher henviser *jurisprudentia legislatoria* til politikken, dvs. statskonstens, sfære.<sup>24</sup> Ud fra en nordisk synsvinkel er det endvidere interessant at konstatere, at Nehrman i sin definition af *jurisprudentia legislatoria* henviser til sætningen »Land skule med Laghum byggias«.<sup>25</sup> Han bruger her fortalen til den svenske Västmannalag men kunne – forudsat at hans værk nu ikke havde haft et overvejende nationalt formål – ligeså godt have henvist til fortalen til Jyske Lov. Også hvis man nu ved, at sætningen, »a famous phrase in Danish legal ideology«,<sup>26</sup> er af kanonisk retlig oprindelse, tjente den i lang tid – og delvist stadig væk – til at give de nordiske retskulturer et strejf af noget særligt oprindeligt og retsstatsmæssigt.<sup>27</sup> Nehrman giver også en definition af, hvad loven er, nemlig »den rådandes befallning, hwad den lydande giöra eller låta bör«, en indretning, som hjælper ethvert menneske til at fremme det gode og undfly det onde i overensstemmelse med Guds og øvrighedens forskrifter; dvs. Nehrman opfatter loven som enten guddommelig eller menneskelig og

<sup>22</sup> Hoier, s. 1–2.

<sup>23</sup> Nehrman, s. 2–6. Inddelingen går også vel i linie med Thomasius' definition af begrebet *Rechtsgelahrtheit*. »Wie man aber Gesetze geben, oder sein Thun nach denselben anstellen solle, solches heisset insonderheit die Gesetzgebend oder rathgebende Rechtsgelahrtheit. So ferne aber die Gesetze auff Thaten die schon gesehen, appliciret werden sollen, wird sie die Gerichtliche Rechtsgelahrtheit genennet«. Cit. *Christian Thomasius, Göttliche Rechtsgelahrtheit* (1709, som faksimileudgave i *Ausgewählte Werke* Bd. 4 [Udg. Werner Schneiders, Hildesheim, Zürich, New York 2001]), I, 1, 157.

<sup>24</sup> Ancher, s. 1–2, 13.

<sup>25</sup> Nehrman, s. 3.

<sup>26</sup> Cit. *Ditlev Tamm, The Nordic Legal Tradition in European Context – Roman Law and the Nordic Countries i: Nordisk identitet. Nordisk rätt i europeisk gemenskap*. Red. Pia Letto-Vanamo (Publikationer utgivna av Institutet för internationell ekonomisk rätt vid Helsingfors universitet 30 [Helsingfors 1998]), s. 19.

<sup>27</sup> Se f.eks. *Ditlev Tamm, Med lov skal land bygges eller om dansk om fremmed ret i: UfR* 1988, s. 313–321. En søgning på Internet i september 2004 gav for den danske variant af udtrykket 1.010 træffe (inkl. Norge), for den svenske 641 (inkl. Finland).

det i vendinger, som kommer meget nær Christian Thomasius'.<sup>28</sup> Guds lov deltes videre i to forskellige områder: dels det som var direkte indprentet i den menneskelige fornuft (og som var det samme som naturens ret), dels det som fremgik af den hellige skrift, men som ikke nødvendigvis band alle på den samme måde som fornuftens bud.<sup>29</sup> En tilsvarende distinktion mellem de to forskellige lag i den guddommelige ret gør også Hoier: et lag, som hver og én kender gennem »den sande fornuft« og som altså er identisk med naturens ret og et, som åbenbares gennem Guds ord.<sup>30</sup> Kofod Ancher nøjes med at henvise til den pågående diskussion på området.<sup>31</sup> Her tangerede forfatterne nemlig et meget vanskeligt spørgsmål, nemlig om Guds åbenbarede ords bindende kraft som retskilde – en arv, eller en konsekvens, af deres nære forhold til Thomasius' tænkning.<sup>32</sup> I øvrigt må man konstatere, at forfatterne alment fremhæver rettens afhængighed af religionens bud og især den evangelisk-lutherske bekendelses fortrin frem for katolsk trosopfattelse;<sup>33</sup> Kofod Ancher går endog så langt, at han roser den protestantiske kirke for den frihed, den giver til at filosofere sammenlignet med forholdene under den romersk-katolske.<sup>34</sup>

Hvordan præsenteres så den praktiske lovgivning hos forfatterne? En mere almengyldig redegørelse for de positive loves tilkomst savnes hos Hoier – måske fordi forfatningsretten (hvor lovgivningen retteligen hører og hørte hjemme) reserveredes for en ikke udkommen senere del af disputatsen. Også Kofod Ancher er noget ubestemt, når han skematisk konstaterer, at reguleringerne er afhængige af lovgiverens vilje.<sup>35</sup> Længere inde i arbejdet viser det sig imidlertid, at den faktiske lovgivningsprocedure falder udenfor det juridiske område. På grund af enevælden i Danmark-Norge kunne den nationale forfatningsret, *jus publicum particulare*, ikke siges at behandle »hvad Jura en Regent har som Regent« af den simple grund, at den danske konge havde al magt i sine hænder.<sup>36</sup> Nehrman var noget mere udførlig i sin behandling af

<sup>28</sup> Sml. Thomasius, I, 1, 28: »Ein Gesetz ist ein Befehl der Obrigkeit, welches die Unterthanen verbindet, ihr Thun und Lassen nach solchem Befehl anzustellen.«

<sup>29</sup> Nehrman, s. 28–29.

<sup>30</sup> Hoier, s. 31–33.

<sup>31</sup> Ancher, s. 2–3, 43.

<sup>32</sup> Se videre Bjørne, s. 267, 270–273.

<sup>33</sup> Nehrman, s. 9, 52; Hoier, s. 28–29 (med en forsigtig henvisning til »den gandske Religions og Theologiens rætte henseende, som ikke er Videnskaben, men Foreningen med GUD, all sand og ævig Lyksaligheds Kilde« hvorved man aldrig bør glemme Frelserens Ord: GUD det GUDs er, og Kejseren det Kejsers er«).

<sup>34</sup> Ancher, s. 32–33.

<sup>35</sup> Ancher, s. 2.

<sup>36</sup> Ancher, s. 21–22.

det besværlige emne, en nøjagtighed som havde sin oprindelse i den svenske frihedstids politiske system. Grunden til den umiddelbart gældende, positive ret lå i øvrighedens lovgivningsmagt, som udøvedes i overensstemmelse med de overenskomster, som eksisterede mellem øvrighed og undersåtter vedrørende rigets styrelse – lovgivningsmagten udøvedes således med udgangspunkt i grundlovens aktuelle bestemmelser i sagen.<sup>37</sup> I den retshistoriske ekskurs, som udgør en temmelig omfattende del af bogens indledende kapitler, informeres læseren ydermere om, at lovgivningsmagten i Sverige i meget lang tid havde været delt mellem konge, rigsråd og folk.<sup>38</sup>

Dette om de indledende definitioner – og lad os nu se nærmere på opfattelse af den »egne« ret og dens forhold til de omgivende retsordener, som møder en ved læsningen af de tre værker. Et godt udgangspunkt er det billede, som forfatterne giver af det, man i dag vil kalde for retskildelæren, dvs. hvilke argumenter, som betragtedes som relevante i datidens juridiske diskussioner. For Nehrman's vedkommende gjaldt opfattelsen, at den skrevne ret havde foretræde, dvs. endnu i 1729 på landet landsloven og i byerne stadsloven – hvis det aktuelle problem virkelig blev behandlet i disse middelalderlove og de relevante bestemmelser ikke var ophævet gennem nyere forordninger på området. I det andet tilfælde – hvis loven tav eller den var ændret – skulle juristen så undersøge forordningerne, og hvis der nu ikke fandtes en løsning, skulle han – ifølge Karl IX's stadfæstelse af landsloven 1608 – »taga sin tilflycht til gamla Lagarna«, dvs. til landskabslovene. Disse gav ikke blot besked i mange sager, hvor landsloven manglede bestemmelser, men tilbød også hjælp ved fortolkningen af den positive ret. I en del tilfælde var man henvist til landssæden – sædvaneretten – og der, hvor ikke engang landssæden kunne give nogen vejledning, til naturretten. Var alle muligheder udtømte uden, at man havde fundet et klart svar, skulle dommeren spørge øvrigheden.<sup>39</sup> Hoiers model for den danske og norske retskildelære er meget lig Nehrman's svenske: den skrevne lov var overordnet – primært i form af begge Christians V's lovverker, sekundært i form af forordninger, som var trådt i kraft efter udstedelsen af lovbøgerne og videre skreven ret såsom reskripter, privilegier og særskilte ordninger, som gjaldt på Island.<sup>40</sup> Når forskrifter savnedes, måtte man – især vedrørende forholdene på Island og Bornholm – undersøge landets skikke, og hvis der intet svar fandtes, måtte juristen så holde sig til den »Naturlige Billighed«. Her kontrasterer Hoier retstilstanden i Danmark med de svenske forhold ved at understrege, at det ifølge Christian V's Danske Lov *ikke* var

<sup>37</sup> Nehrman, s. 34.

<sup>38</sup> Se f.eks. Nehrman, s. 47.

<sup>39</sup> Nehrman, s. 63–64; sml. Björne, s. 278–279.

<sup>40</sup> Hojer, s. 44–48; sml. Björne, s. 280–281.

tilladt at påberåbe ældre love »som det er brugeligt i Sverrig, hvor de gamle Love i saadanne Tilfælde, hvorom den nyere Lov tier, bag efter igien i Rettergangen ere indførte.«<sup>41</sup> Hvis nu de nævnte retskilder ikke gav nogle oplysninger, var juristen henvist til præjudikater fra Højesteret eller overretterne.<sup>42</sup> Kofod Ancher koncentrerer sig mere end Nehrman og Hoier om rekommandationer vedrørende selve studiet og ikke så meget om retsordenens systematiske opbygning – alligevel står det helt klart, at den skrevne ret havde fortrin for sædvaneretten,<sup>43</sup> også hvis Kofod Ancher mere udførligt end Hoier problematiserer lovenes indhold. Kofod Ancher tilråder den studerende at sammenligne den gældende lovgivning med de gamle love. »Det maa [...] være Lovgiverens Villie, at den seenere Lov skal forstaaes i *Rapport* og Overensstemmelse med de forrige, og hvad der tiener til at oplyse og forklare den een, det samme maa ligeledes tiene til Forklaring paa den anden«, dvs. en historisk fortolkning, som tjente til at fordybe sig i kundskaben om den gældende ret.<sup>44</sup>

De juridiske studiers oplæg bliver jo et spejlbillede af retskildelæren, som dermed ikke kun definerer, hvilke retskilder som er anerkendte men også til en vis grad, hvilke forkundskaber den studerende bør besidde. Hoiers meget udførlige liste er velkendt, ikke mindst som offer for Holbergs satire:<sup>45</sup> således var det ønskeligt, at den fremtidige jurist i hvert fald havde kundskaber om sprog (dansk, tysk, latin og fransk i første omgang men også, hvis den studerende ville gå videre og undersøge den danske rets oprindelse og dets fællesskab med nabolandenes love, »det gamle Nordiske Sprog«, svensk, engelsk og endelig vedrørende den guddommelige ret, græsk og hebraisk), kal-

<sup>41</sup> Hoier, s. 49–50. Til stykket hør en fodnote: »Vel havde Kong Christopher af Bayern i sin Lov Ao. 1442 afskaffet alle de gamle Loves brug i Sverrig, men Kong Carl XI. haver bragt den op igien, og i Lovbogens Confirmation given den 20. Dec. 1608, som er hæftet foran i Loven, selv *recommenderet* Dommerne de gamle Loves brug, saa ofte som Christophers Lov eller andre Kongelige befalninger ej er tilstrekkelige.« Oplysningen var, da den danske oversættelse kom ud i 1737, ikke helt korrekt, eftersom den svenske landslov ophævedes gennem den nye lovbogs ikrafttræden den 1/9 1736. Man kan spekulere på, hvorfra Hoier fik sin information. Nehrman's *Inledning* blev udgivet i 1729, og der skriver forfatteren: »Ty ehuruwål K. Christopher i sin stadfästelse på Landz Lagen förbudit at döma efter thessa gamla lagar: så äro the likwål wid then händelsen, som nyss sades, åter wordne antagne uthi Caroli IX. Stadfästelse på Lands Lagen d. 20 Decemb. 1608.« Cit. Nehrman, s. 63.

<sup>42</sup> Hoier, s. 50–51.

<sup>43</sup> Ancher, s. 68; sml. Björne, s. 280–281.

<sup>44</sup> Ancher, s. 59–65. Cit. s. 62.

<sup>45</sup> Se Klaus Nettiendam & Ditlev Tamm, *Holberg og juristerne* (København 1984), s. 126–129; om det anstrengte forhold mellem Hoier og Holberg, se Troels G. Jørgensen, s. 56–60, 255.



ligrafi, geografi, historie, filosofi, metafysik, moralfilosofi, matematik, retligt relevante dele af medicinen, økonomi og teologi.<sup>46</sup> Nehrman har en lignende opregning af videnskaber, som kan nytte som hjælpemidler: først og fremmest teologien, derefter medicinen og fra det, som Nehrman definerer som filosofiske fag: sprog (svensk, latin og gerne de mest brugelige europæiske sprog samt eventuelt græsk og hebraisk – af samme årsag som hos Hoier), videre veltalenhed, logik, historie, matematik, naturret, statskloghed og økonomi.<sup>47</sup> Kofod Ancher koncentrerer sig derimod helt om, hvad man kan kalde de egentlige juridiske fag: naturens lov, folkeretten osv. og har således draget en noget snævrere grænse end Hoier og Nehrman for, hvad der var relevant for den studerende.

Et fælles træk i retskildelæren og derfor også i rekommandationerne vedrørende studierne afvikling er den romerske rets stilling.<sup>48</sup> Nehrman's liste over hjælpevidenskaber afsluttes med at konstatere: »Snart hade jag glömt nämna *Juris Romani studium*, som af mångom hålles för det första och förmämsta, som then lära bör, hwilken täncker göra något märckeligt framsteg uthi Lagfarenheten [...]«. Som ordvalget allerede afslører, er det en tanke, som Nehrman vender sig decideret imod. Det var ikke nok, at den romerske ret ikke gjaldt i landet men lovsamlingen *Corpus juris civilis* var desuden – som bl.a. Thomasius havde bevidnet – en uklar og uordentlig samling, som slet ikke egnede sig for begyndere i faget, og som på ingen måde kunne opfattes som fornuftens bud. Tværtimod: lige så lidt som en evangelisk teolog kunne råde den, som begyndte sit teologiske studium med at læse paviske forfattere for at lære grunden til Guds sande kendskab, lige så lidt kunne man begynde studiet af den svenske ret med den romerske. Svensk og romersk ret lignede ikke hinanden mere end den evangeliske og den paviske lære.<sup>49</sup> Noget helt andet var, at kundskaber i den romerske ret åbnede muligheder for at forstå udenlandske juristers gode skrifter<sup>50</sup> – men faget var altså ikke noget, man burde beskæftige sig med som begyndere. Hoiers synspunkter ligner meget Nehrman's: den romerske ret lå lige så langt fra dansk ret som tidsafstanden mellem Hoiers samtid og de romerske lovgivere. Kundskaber i romersk ret hjalp ikke ved studiet af dansk, men snarere hindrede den studerende i at trænge ind i stoffet gennem dens »unyttige Spidsfindigheder«, som i øvrigt altid havde været fjernt fra Nordens rene sæder. Men når man havde lært den danske ret, kunne den romerske have sin nytte – især hvis den sammenligne-

<sup>46</sup> Hoier, s. 7–31.

<sup>47</sup> Nehrman, s. 9–14.

<sup>48</sup> Se videre Björne, s. 252–260.

<sup>49</sup> Nehrman, s. 14–15.

<sup>50</sup> Nehrman, s. 16.

des med den danske.<sup>51</sup> Kofod Anchers indstilling kan man måske betegne som noget mere modereret. Han delte Hoiers opfattelse, at den studerende burde begynde med den danske og norske ret før den romerske, og at man nøje skulle skelne mellem romersk og dansk-norsk, men ikke desto mindre betoner han også den romerretlige litteraturs betydning for juridisk tænkning og diskussion, især det som gjalt forskellige principielle spørgsmål – og det meste af det, som defineredes som naturret var, i følge Kofod Ancher, rent faktisk taget fra romersk ret!<sup>52</sup> I øvrigt henviser han til Hoiers fortjeneste af at have fremmet studiet af dansk ret ved universitetet og formoder, at Thomasius inspirerede ham til dette: »Maaske Thomasius, hans *Academiske Præceptor*, (der gjorde sig ligesaa stor Umage for at føre *Studium Juris Germanici* i Mode, som for at nedtrykke *Jus Romanum*) først kand have bibragt ham den Tanke om Fornødenheden af *Studio Juris patrii*«. <sup>53</sup>

Hvis den romerske ret frakendtes en direkte værdi i forhold til retten i Sverige og Danmark-Norge, betød det også, at den nationale retsorden selvfølgelig nok må have en anden baggrund end en romerretslig arv. Hvad angår den svenske ret, havde den det fortrin i følge Nehrman, at den i overvejende grad var begrundet i naturens lov, »så at emellan thessa bägge är et ogement öfwe-rensstämmande«, hvilket også medførte, at man måtte være meget forsigtig med brug af fremmede begreber og andet, som kunne ødelægge denne lighed mellem naturens og Sveriges lov – og som juridisk forfatter syntes han for øvrigt, det var mere hædrende for den svenske ret, »at wisa thet wår Lag liknar GUDz lag, än med mycket wrängande och ordetwång påstå, at then rimmar sig med the *Constantinopolitaniske* och *Romerske* förfatningar«. Hoier deler stort set sin svenske kollegas synspunkter på rettens oprindelse i vores del af verden. Når han i sin omfangsrige opregning af ønskværdige kundskaber hos den studerende næsten forbigår filosofisk historie, gør han det, efter som faget rigtignok forklarer de græske og romerske loves indhold, »men hvor lidet tjener alt dette i vores Nordiske *Jurisprudenz*? Som intet haver laant, end ej udi de Ting, hvor de med de Romerske Love kommer overeens, enten af den gamle *Stoiske* eller *Platoniske Philosophie*, men alleene fuldt Fornuftens og, saa vidt den geistlige Ræt belanger, Aabenbaringens Lys [...]«. <sup>54</sup> Hvis man skal tro Nehrman og Hoier, så havde begge retssystemer i Sverige og Danmark-Norge i hvert fald det til fælles, at de – til forskel fra den romerske ret med dens spidsfindigheder – var dikteret af den rene fornuft og måske endog identisk med den guddommelige vilje.

<sup>51</sup> Hoier, s. 43–44.

<sup>52</sup> Ancher, s. 70–73, 22–26.

<sup>53</sup> Ancher, s. 51–52.

<sup>54</sup> Hoier, s. 22.

Hvis nu det at tage afstand fra den romerske ret var grænseoverskridende, hvordan ser forfatterne på nabolandenes retsordener i forhold til deres egne? Nehrman er i mangt og meget arvtager til 1500- og 1600-tallets storladne svenske historieskrivning og er tilsyneladende ikke i tvivl om goternes og andre stammers svenske rødder, hvorfor også en forment lighed mellem sproget i ældre svenske love og begreber, såsom de lensretslige *feudum* og *investitura* direkte peger på institutternes oprindelse i svensk ret. Den allertidligste svenske ret var imidlertid ikke nedskrevet, men var, hævder han med henvisning til Tacitus, en blanding af sædvaneret og naturlig ret.<sup>55</sup> I øvrigt bekymrer Nehrman sig ikke om komparative studier. Når han en gang i sit arbejde henviser til Hoiers i 1718 udgivne *Kurzgefasste Dännemärkische Geschichte*, drejer det sig om svensk lovgivning.<sup>56</sup> Hoier på sin side var sig bevidst, at den danske ret havde fælles kilder med naboernes love, hvilket jo også var årsagen til, at han rekommanderede studiet af bl.a. oldnordisk, engelsk og svensk, fordi disse »Nationers Love i adskillige Tilfælde baade oplyse vore Love og Sæder, og i lige Maade oplyses af vore«. <sup>57</sup> Et lignende ræsonnement møder man, når han diskuterer det ønskelige i, at Christen Ostensen Veiles *Glossarium Juridicum* (1641, 3. opl. 1665) kompletteredes – ikke kun med henvisninger til Christian V's lovbøger men også til svenske juridiske termer, frem for alt eftersom disse var overensstemmende med de ældre danske.<sup>58</sup> Sammenlignet med Nehrman findes altså en større komparativt interesse hos Hoier – en interesse, som sandsynligvis bunder i mangelen på litteratur vedrørende positiv dansk ret. Også Kofod Ancher understreger det positive i kundskaber i nabolandenes ikke-romerske retssystemer: studiet af den dansk-norske ret burde således begynde med gennemlæsning af de gældende love og efterfølges af en undersøgelse af ældre retskilder, deriblandt de beslægtede svenske, tyske og engelske, hvor der til stadighed skal drages sammenligninger. På en lignende måde som Nehrman, ser Kofod Ancher hos Tacitus »de første Linier af den gamle Nordiske *Jurisprudenz*« samtidig med, at også han med bestemthed hævder, at lensretten har sin oprindelse i Norden.<sup>59</sup> Kofod Ancher lægger stor vægt på at forklare den danske rets *affinitet* med andre retsordener som f. eks. tysk middelaldersret. De forfattere, som har behandlet forskellen mellem romersk og ældre tysk ret – såsom Hallelæerne (Samuel) Stryk,

<sup>55</sup> Nehrman, s. 44–46. Med Tacitushenvisningen sigter Nehrman med sikkerhed på *Germania*, kap. 19.

<sup>56</sup> Nehrman, s. 62.

<sup>57</sup> Hoier, s. 13.

<sup>58</sup> Hoier, s. 55.

<sup>59</sup> Ancher, s. 60–61 (fodnoten), 27.

Thomasius og (Johann Peter von) Ludewig – kunne derfor med fordel også læses med henblik på dansk ret.<sup>60</sup>

#### 4. Afsluttende perspektiv

Hvad kan man så sammenfattende med udgangspunkt i de tre behandlede værker sige om datidens syn på den »egne« ret og dens forhold til omgivende retsordener? Til at begynde med kan man konstatere, at forestillingen om en »nordisk ret« ikke savnede indhold for de tre forfattere – det er åbenbart, at alle tre – med eller uden henvisning til Tacitus – opfattede de nordeuropæiske retssystemer som beslægtede med hinanden. Dette er også betonet i nyere forskning.<sup>61</sup> Man kan også understrege de forholdsmæssigt store overensstemmelser i stof og opfattelser, som især findes hos de to Thomasiuselever Nehrman og Hoier. Af det refererede fremgår også, at den tyske idéudvikling på det juridiske område sandsynligvis spillede en ikke uvigtig rolle i konstruktionen af en særegen germansk, nordisk ret. Christian Thomasius' navn nævnes flere gange i arbejderne, og Kofod Ancher tilskriver ham endog en formodentlig afgørende betydning for Hoiers interesse i dansk ret. For Nehrman's vedkommende har dette aspekt af Thomasius virken ikke så stor en betydning, men så havde den svenske ret også været repræsenteret som fag ved universiteterne langt tilbage i tiden. Det som dog med fordel kunne undersøges yderligere, er Thomasius' og den samtidige tyske tænknings stillingtagen til den romerske rets værdier og dens indflydelse på germansk ret og i forlængelse heraf på nordisk selvopfattelse, dvs. på det man måske kan kalde "the Nordic legal ideology".<sup>62</sup> I følge Nehrman's og Hoiers enstemmige udsagn var den svenske og den dansk-norske ret jo i særlig høj grad baseret på fornuftens ja endog på Guds bud – åbenbart til forskel fra andre, romerretligt baserede systemer. I hvor høj grad er opfattelsen af en »nordisk ret« en tysk tankelinie eller – udtrykt på en anden måde: er den nordiske selvopfattelse på det retlige område ikke andet end en nordisk reception af en tysk reaktion mod en romersk reception?

<sup>60</sup> *Ancher*, s. 26. Videre om personerne og deres virken i Halle, se *Hammerstein*.

<sup>61</sup> *Björne*, s. 8–11.

<sup>62</sup> Endnu i 1942 betegnedes f.eks. 1600-tallets romerret som »en stor fara« for den svenske rets »nationella egenart«. Cit. *Henrik Munktell*, *Svensk rättstradition* (Studentföreningen Verdandis småskrifter 449 [Stockholm, 1942]), s. 54. Ifølge Ditlev Tamm har »[t]he concept of Danish law as a national law distinct from Roman Law or legal systems based on Roman law [...] been a landmark in the discussion of national identity«. Cit. *Tamm* i: *Nordisk identitet*, s. 18.