

Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)

Juridiske emner  
ved  
Syddansk Universitet  
2007



Jurist- og Økonomforbundets Forlag  
2007

*Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2007*

1. udgave, 1. oplag

© 2007 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.  
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af  
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf er ifølge  
gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt uden  
forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan

Omslag: Morten Højmark  
Tryk: Holbæk Amts Bogtrykkeri  
Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2007  
ISBN 978-87-574-1696-1  
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 .....	7
Kvantitet eller kvalitet – karakteren af rettigheder i WTO <i>Lektor, cand.jur., ph.d., Bugge Thorbjørn Daniel</i> .....	9
EU's administrative sanktioner – straf eller erstatning? (En analyse med udgangspunkt i konkurslovens § 98) <i>Lektor, cand.jur., ph.d., Thomas Elholm</i> .....	26
Periodeopgørelser i skatteretten <i>Adjunkt, cand.merc.aud., ph.d., Inge Langhave Jeppesen</i> <i>Lektor, cand.merc.jur., ph.d., Susanne Pedersen</i> .....	42
Lovreguleringen af aftaler om huslejens størrelse i beboelseslejemål – et kludetæppe <i>Kandidatstipendiat, cand.jur., Jakob Juul-Sandberg</i> .....	68
Personskadebegrebet i dansk og international luftret – kan transportøren holdes ansvarlig for passagerens psykiske skader? <i>Ph.d.-stipendiat Kenneth Melancton Nielsen</i> .....	95
Behandling af ægtefællers pensionsordninger på skifte <i>Professor, lic.jur., Hans Viggo Godsk Pedersen</i> .....	108
EF-traktatens artikel 228, stk. 2. Medlemsstaternes bødeansvar for manglende efterlevelse af domme for traktatbrud <i>Adjunkt, cand.merc.jur., ph.d., Peter Starup</i> .....	126
<div style="border: 1px solid black; padding: 5px;"><b>Emner i gråzoneområdet:</b></div>	
Er strafferetten kun et offentligt anliggende? – En lille brain- storming om strafferetten som et (privat) anliggende for borgeren <i>Lektor, Dr. Jur. (tysk titel), Birgit Feldtmann</i> .....	139
Max Weber: Uddifferentieringen af den offentlige ret fra privatretten <i>Lektor, cand.jur., ph.d., Ole Hammerslev</i> .....	149

Jeg en gård mig bygge vil – En kommentar til EF-domstolens dom af 25. januar 2007 i sag C-370/05, Festersen og dennes betydning for landbrugs- lovens bopælskrav <i>Professor, lic.jur., Søren Friis Hansen</i> .....	163
Implementering af MiFID-direktivet i dansk ret <i>Ph.d.-stipendiat, cand.merc.jur., Camilla Hørby Jensen</i> <i>Lektor, cand.merc.jur., ph.d., Nina Dietz Legind</i> <i>Professor, lic.jur., Nis Jul Clausen LL.M.</i> .....	180
Sundhedspersoners ansvar og sygehusmyndigheders styringsbeføjelser <i>Ph.d.-stipendiat, cand.scient., Kent Kristensen</i> .....	203
Den nye markedsføringslov. En halv reform <i>Professor, cand.jur., ph.d., Bent Ole Gram Mortensen</i> .....	220
Så er det en aftale – om kontrakter på det sociale område <i>Lektor, cand.merc.jur., ph.d., Karsten Naundrup Olesen</i> .....	238
Offentlige myndigheder mellem offentlig og privat regulering <i>Professor, cand.merc.jur., ph.d., Michael Steinicke</i> .....	252

## FORORD

Med udsendelsen af nr. 5 i rækken af »Juridiske emner ved Syddansk Universitet« har vi ønsket at markere den fortsatte udvikling af Juridisk Institut. Her har antallet af medarbejdere været støt stigende i en årrække i takt med en forøgelse af udbuddet af juridisk undervisning og forskningsmæssig afdækning af navnlig HA (jur.), BA jur., cand. merc. (jur.), cand. jur. og cand. merc. aud.

Som følge af den forskningspolitiske udvikling ved universiteterne, er der ved Juridisk Institut udpeget et spirende kernefelt for en del af instituttets forskning. Det område er samspillet mellem privatret og offentlig ret. Valget af netop dette område har sin baggrund i, at de enkelte retstilfælde og -konflikter omfatter i stigende omfang såvel privatretlig som offentligretlig regulering. Eksempelvis involverer en fastlæggelse af de retlige rammer for udøvelse af erhvervsvirksomhed, herunder relationen mellem virksomheder, kreditgivere, leverandører og kunder i dag elementer af retsdiscipliner, som traditionelt ville være henført til både privatret og offentlig ret. Samtidig kan det konstateres, at der i dag anvendes en række forskellige metoder i den retlige regulering. Traditionel lovgivning med deklatoriske og præceptive bestemmelser kombineres med retningslinjer, kodeks, standardisering og anden form for soft law, og selv inden for det traditionelle offentligretlige område anvendes kontrakter i stigende grad.

Vi har valgt at samle en række artikler, der ligger inden for kernefeltet i en afdeling sidst i bogen, for at markere dette område. Det kan være vanskeligt at fastslå præcist, hvilke problemstillinger der kan henføres til området. Med henblik på at illustrere variationen af gråzoneproblemstillingerne har vi valgt at anlægge en bred tilgang til temaet. Således omhandler en del af artiklerne i denne bogs 2. del tydeligt gråzonespørgsmål, hvor tilknytningen til gråzonen for andre artikler primært sker ved, at disse behandler retsområder, som indeholder såvel offentligretlige som privatretlige elementer.

Vi har imidlertid samtidig valgt fortsat at markere noget af bredden af de emner, der aktuelt dyrkes af en række af instituttets medarbejdere. Nærmere oplysninger om og en samlet beskrivelse af instituttets forskningstemaer, undervisningsudbud mv. fremgår af instituttets hjemmeside, som kan findes på: <http://www.sdu.dk>.

Det er vort håb, at vi fortsat kan videreføre de gode relationer, som vi har fået etableret og udbygget i relation til vore kolleger ved de øvrige uddannelses- og forskningsinstitutioner i Norden og til revisor- og advokat-

branchen samt til en lang række øvrige private og offentlige virksomheder, for hvilke også juridiske problemstillinger er centrale.

Vi takker institutsekretær Inga Jakobsen og sekretær Joyce Justesen, der som sædvanlig på kompetent vis og med stor tålmodighed har stået for opsætning og korrekturlæsning.

Vi takker ligeledes Ernst Polacks Fond, som har ydet økonomisk støtte til udgivelse af bogen.

Juridisk Institut  
Syddansk Universitet  
maj 2007

Michael Steinicke  
Instituttleder

Hans Viggo Godsk Pedersen  
Redaktør

# Kvantitet eller kvalitet

## – karakteren af rettigheder i WTO

af

*Bugge Thorbjørn Daniel*

I denne artikel søger jeg at belyse et skisma mellem karakteren af de rettigheder, der tilkommer medlemmer af Verdenshandelsorganisationen – World Trade Organization (WTO) – og håndhævelsen af disse rettigheder. Det grundlæggende spørgsmål er, om de rettigheder og pligter, der følger af WTO-medlemskab, er kvalitative og opstiller krav til medlemsstaternes brug af handelspolitiske instrumenter, eller om de nærmere er kvantitative og vedrører sikring af et bestemt niveau for handel. I artiklen gives eksempler på, hvorledes disse to opfattelser spiller og støder sammen inden for det regelsæt, der i dag udgøres af WTO-Aftalen og tilhørende delaftaler.

Jeg belyser problematikken med udgangspunkt i tre problemstillinger, der alle er knyttet til beskyttelsen af WTO-medlemmers rettigheder inden for systemets regler og procedurer for håndtering og løsning af konflikter mellem medlemmerne. Den første problemstilling vedrører medlemmers klager over andre medlemmers handelspolitik. Den anden problemstilling er spørgsmålet om betingelserne for opnåelse af partsstatus under konflikthåndteringsprocedurerne. Den tredje og sidste problemstilling drejer sig om regler og procedurer for håndhævelse af rettigheder.

### 1. GATT artikler XXII-XXIII

Udgangspunktet er de relevante bestemmelser i General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).<sup>1</sup> Med indgangen af 1995 afløstes organisationen GATT af WTO og den oprindelige aftale fra 1947 (nu benævnt GATT 1947) opslugtes under det nye navn GATT 1994 i WTO-Aftalen.<sup>2</sup> I GATT 1947 var

<sup>1</sup> Om konciperingen af GATT-Aftalen samt udviklingen af GATT som organisation, se fx *Bugge Thorbjørn Daniel: WTO Adjudication*, Thomson 2005, kapitel 2.

<sup>2</sup> For et kort overblik over strukturen af WTO-Aftalen, se *Bugge Thorbjørn Daniel, Introduktion til WTOs konflikthåndteringssystem*, Thomson 2006, s. 31-34. Mere detaljeret om WTOs institutionelle aspekter i *Bugge Thorbjørn Daniel: The WTO Institutions*, Ch.2 i Olsen, *Steinicke og Sørensen* (eds.): *WTO Law – from a European perspective*, Thomson 2006.

procedurene for konflikthåndtering begrænset til artiklerne XXII-XXIII.<sup>3</sup> Alle de her behandlede problemstillinger oprinder direkte fra disse to bestemmelser. I WTO er disse bestemmelser suppleret af en selvstændig aftale – Dispute Settlement Understanding (DSU) – samt en række bestemmelser spredt ud over traktatkomplekset.<sup>4</sup>

### 1.1. GATT artikler XXII-XXIII

Artiklerne har følgende ordlyd:

#### Article XXII – *Consultation*

1. Each contracting party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this Agreement. (...).

#### Article XXIII – Nullification or Impairment

1. If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of

- (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or
- (b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or
- (c) the existence of any other situation,

the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.

2. If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type described in paragraph 1 (c) of this Article, the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter, as appropriate. (...). If the CONTRACTING PARTIES consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such conces-

<sup>3</sup> Nærmere om den historiske baggrund for disse to bestemmelser i *Bugge Thorbjørn Danielsen: WTO Adjudication*, Thomson 2005, s. 36-43 og 83-87.

<sup>4</sup> Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Annex 2 til WTO-Aftalen, herefter DSU. Listen over de yderligere bestemmelser er i Bilag 2 til DSU.



sions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances. (...).

## 1.2. Kort om konfliktåndtering i institutionel kontekst

Først et par generelle kommentarer til GATT. De kontraherende parter til aftalen betegnedes 'contracting parties', mens formen 'CONTRACTING PARTIES' anvendtes, når de kontraherende parter handlede i fællesskab ("joint action"), jf. GATT artikel XXV:1. Formelt traf CONTRACTING PARTIES beslutning ved simpelt flertal, hvert medlem med en stemme, jf. GATT artikel XXV:3-4, i praksis blev de fleste beslutninger truffet med konsensus, defineret som fravær af formelle indvendinger.<sup>5</sup> Eneste undtagelser til denne praksis var »waivers«, jf. GATT artikel XXV:5 og accept af nye kontraherende parter, jf. GATT artikel XXXIII.

Efter WTO-Aftalens ikrafttræden skal 'contracting parties' læses som 'WTO-medlemmer' og 'CONTRACTING PARTIES'-kompetencer er overført til WTOs organer, jf. GATT 1994, § 2(a)-(b). WTO-Aftalens artikel IX indeholder regler for beslutningstagning ved afstemning, men bestemmelsen vedkender sig udtrykkeligt at ville følge GATTs praksis med at træffe beslutninger med konsensus. Ifølge WTO-Aftalens artikel XVI:1 »shall [the WTO] be guided by the decisions, procedures and customary practices« fulgt i GATT, medmindre andet fastslås. GATT-praksis opretholdes i WTO i fravær af udtrykkelig afstandtagen hertil. I WTO ændrer DSU på vigtige punkter den hidtidige praksis for beslutningstagning med konsensus, idet beslutninger i en række situationer anses for truffet, medmindre der er konsensus imod, jf. DSU artikel 2.4.<sup>6</sup> I DSU artikel 3.1 bekræfter WTOs medlemmer at ville efterleve »principles for the management of disputes«, som anvendt i GATT artikel XXII-XXIII.<sup>7</sup>

Ifølge GATT artikel XXIII:2 henvises sager til 'CONTRACTING PARTIES'. Denne henvisning må nu forstås som en henvisning til WTO-organet Dispute Settlement Body. I praksis etableredes allerede i 1955 såkaldte paneler til, på vegne af 'CONTRACTING PARTIES', at udarbejde en domslignende rapport, der skulle vedtages i dette forum. I WTO er panelsystemet i det væsentligste bevaret, men er suppleret med en appelinstans 'Appellate Body'. Rapporter

<sup>5</sup> Om konsensus i såvel GATT som WTO, se *Bugge Thorbjørn Daniel: WTO Adjudication*, Thomson 2005, s. 100-104. Se også WTO Doc. WT/L/93.

<sup>6</sup> Om beslutningstagning i WTO se *Bugge Thorbjørn Daniel: Introduktion til WTOs konfliktåndteringssystem*, Thomson 2006, s. 46-53.

<sup>7</sup> En række af de øvrige WTO aftaler henviser selvstændigt til GATT artikel XXII-XXIII, se redegørelse herfor i *Bugge Thorbjørn Daniel: Introduktion til WTOs konfliktåndteringssystem*, Thomson 2006, s. 125-126.

fra begge instanser udarbejdes på vegne af Dispute Settlement Body – men såvel panel- som appelrapporter vedtages automatisk i Dispute Settlement Body, medmindre der er konsensus imod vedtagelse, jf. DSU artikel 16.4 og 17.14.<sup>8</sup>

## 2. Klagegrundlag – GATT artikel XXIII:1

I GATT/WTO udgør GATT artikel XXII det retlige grundlag for konsultationer mellem medlemmer vedrørende 'enhver sag, der påvirker aftalens funktion'. I kontrast til denne ganske brede kompetence er GATT artikel XXIII fokuseret på specifikke klagepunkter. GATT artikel XXIII har overskriften »Nullification or Impairment«, der her oversættes til 'udslettelse eller svækkelse'. I GATT artikel XXIII:1 findes seks forskellige grundlag for klager. For det første nævnes tre forskellige årsager/situationer: manglende gennemførelse af forpligtelser (»violation«), anvendelse af ikke-retsstridige foranstaltninger (»non-violation«), og enhver anden situation (»situation«).<sup>9</sup> Disse tre årsager kan hver føre til en af to virkninger: enten 'udslettelse eller svækkelse' af 'ellers tilkommende fordele' eller 'hindring af opnåelse af et af aftalens mål'.

### 2.1. Årsager – tre typer klager i GATT artikel XXIII:1

I GATT artikel XXIII:1 opremses tre årsager, der hver for sig kan udgøre grundlag for klager.

Den første er manglende opfyldelse af forpligtelser i aftalen, dvs. nu WTO-Aftalen. 'Manglende opfyldelse' indebærer retsbrud, hvilket fremgår af, at denne type klager betegnes »violation«-klager.

Den anden årsag, der kan danne baggrund for en klage i GATT artikel XXIII:1, er anvendelse af ikke-retsstridige foranstaltninger, såkaldte »non-violation« klager. Som midler til at nå de overordnede mål nævnes i Præamblerne til GATT og WTO reduktion af handelsbarrierer, såvel told som tekniske, samt eliminering af diskrimination. »Non-violation«-klager kan anvendes til at sikre mod, at koncessioner undergraves. I GATTs første år var fokus især på toldreduktioner.

I GATT-rapporten *EEC – Oilseeds* konstaterede panelet, at formålet med at muliggøre denne type sager hovedsageligt var at beskytte den forhandlede balance i toldkoncessioner. Panelet forklarede, at den underliggende ide var, at de forbedrede konkurrencemæssige vilkår,

<sup>8</sup> Jeg redegør detaljeret herfor i *Bugge Thorbjørn Daniel: Introduktion til WTOs konflikt-håndteringssystem*, Thomson 2006.

<sup>9</sup> Om »violation«, »non-violation« og »situation«-klager, se *Bugge Thorbjørn Daniel: Introduktion til WTOs konflikt-håndteringssystem*, Thomson 2006, s. 131-135.

der retmæssigt kan forventes af en toldkoncession, kan blive hindret af såvel ulovlige som lovlige foranstaltninger. For at opmuntre til indgåelse af toldkoncessioner skal disse beskyttes af en ret til at søge oprejsning, hvis gensidige koncessioner således hindres af en anden part. Denne fokus går igen i andre GATT-panelrapporter, hvilket blev bemærket af WTO-panelet i *Japan – Film*.<sup>10</sup>

Dette betyder dog ikke, at de forbedrede vilkår for konkurrence, der følger af andre forpligtelser end toldkoncessioner, ikke kan undergraves gennem anvendelse af foranstaltninger, der ikke er GATT/WTO-stridige.<sup>11</sup> I praksis skulle tre betingelser opfyldes. For det første skulle et GATT/WTO-medlem anvende en foranstaltning. For det andet skulle der være tale om 'tilkommede fordele' i GATT/WTO. For det tredje skulle der ske 'udslettelse eller svækkelse' som følge af anvendelsen af pågældende foranstaltning. I WTO er denne type klager kvalificeret i DSU artikel 26.1.

Det sidste grundlag for klager findes i GATT artikel XXIII:1(c), der giver mulighed for at klage på grund af 'eksistensen af enhver anden situation'. Rækkevidden af formuleringen er uklar, men potentielt betydelig. Bestemmelsen var primært møntet på makroøkonomiske og beskæftigelsesmæssige påvirkninger eller andre voldsomme forstyrrelser af handelsvilkårene.<sup>12</sup> Formuleringen 'enhver anden' antyder, at der ikke er overlap i forhold til situationer omfattet af »violation« og »non-violation«. I modsætning til de to andre klagegrunde kan »situation«-klager forelægges direkte for CONTRACTING PARTIES/Dispute Settlement Body uden forudgående forsøg på at opnå en forhandlingsløsning, jf. GATT artikel XXIII:2. Dette kan være en indikation af, at det faktuelle grundlag for »situation«-klager er uden for enkelte medlemmers kontrol. Eventuelle WTO-rapporter baseret på »situation«-klager kan ikke appelleres og skal vedtages med konsensus efter de gamle GATT-regler, jf. DSU artikel 26.2, hvori anvendelsen af denne type sager er yderligere kvalificeret.

<sup>10</sup> European Economic Communities – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Protein, BISD L/6627 - 37S/86, vedtaget 25/1 1990, § 144. Panelet baserede sig på intentionen og praksis i anvendelsen og henviste til GATT Doc. EPCT/A/PV6, s. 5; Working Party Report on Other Barriers to Trade, vedtaget 3/3 1955, BISD 3S/222, § 13; »Operation of the Provisions of Article XVI«, vedtaget 21/11 1961, BISD 10S/201. The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate, vedtaget 3/4 1950, BISD II/188, § 12; Germany – Sardines, vedtaget 31/10 1952, BISD 1S/53, § 16; EEC – Oilseeds (Follow-Up), BISD 39S/91, § 77; Japan – Film, WT/DS44/R, § 10.82.

<sup>11</sup> I *Japan – Film*, WT/DS44/R, § 10.61 er opremset alle GATT-sager, inklusive den ene, hvor det ikke var toldkoncessioner, der hævdedes undergravet.

<sup>12</sup> WTO Doc. IP/C/W/124, §§ 80-90, med reference til GATT Doc. EPCT/A/PV//5, s. 14; GATT Doc. G/55/Rev.1, BISD 2S/117, § 9.

## 2.2. Virkninger

De tre forskellige årsager, der nævnes i GATT artikel XXIII:2 indikerer, at 'udslettelse eller svækkelse' kan forårsages af andet og mere end retsbrud.

I 1962 fastslog panelet i *Uruguay – Recourse to GATT XXIII*, at i situationer, hvor GATT-regler klart blev brudt, ville der 'prima facie' være tale om 'udslettelse eller svækkelse'. Panelet udelukkede ikke, at 'udslettelse eller svækkelse' kunne opstå som følge af foranstaltninger, der ikke stred mod GATT, men fandt, at i så fald måtte det påhvile det land, der påberåbte sig GATT artikel XXIII, detaljeret at redegøre herfor.<sup>13</sup>

Panelets brug af vendingen 'prima facie' indebærer, at argumentations- og bevisbyrden skifter fra den klagende til den indklagede part. I det følgende anvendes betegnelsen argumentationsbyrde, fordi opfyldelse af kravet om 'prima facie' er en forudsætning for, at byrden skifter til det indklagede medlem.<sup>14</sup> I ovenstående sammenhæng er det således tilstrækkeligt at vise, at reglerne 'klart bliver brudt'. Den klagende parts opfyldelse af kravet om detaljeret redegørelse for 'udslettelse eller svækkelse' i sager, hvor GATT ikke er brudt, indebærer tillige, at denne byrde skifter (om denne type sager nedenfor). Kun i sager, der vedrører ikke-opfyldelse af forpligtelser, hviler der et indledningsvist krav om detaljeret redegørelse på det klagende medlem. I begge situationer antager panelet, at 'udslettelse eller svækkelse' kan tilbagevises af den indklagede part med henvisning til andre forhold. Det åbne spørgsmål er, om muligheden for tilbagevisning er reel og i givet fald karakteren af sådanne andre forhold.

I 1987 bemærkede panelet i *US – Superfund*, at den med den første situation rejste formodning i efterfølgende praksis havde vist sig uigendrivelig.<sup>15</sup>

Denne udtalelse, der må anskues i lyset af praksis' ikke ubetydelige retskildemæssige styrke i GATT, indebærer, at paneler ikke har identificeret forhold, der kunne ændre den med retsbrud opståede formodning for 'udslettelse eller svækkelse'. Udsagnet indebærer som sådan ingen implikationer i forhold til sager, hvor der ikke er tale om brud på GATTs bestemmelser, men

<sup>13</sup> *Uruguay – Recourse to GATT XXIII*, vedtaget 16/11 1962, BISD L/1923 - 11S/95, § 15.

<sup>14</sup> Se fx *United States – Anti-Dumping Measures on Shrimp from Ecuador*, WT/DS335/R, cirkuleret 30/1 2007, § 7.8, hvori der henvises til *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R & WT/DS48/AB/R, vedtaget 13/2 1998, § 104; *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, vedtaget 23/5 1997, s. 14.

<sup>15</sup> *United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, BISD L/6175 - 34S/136, vedtaget 17/6 1987, § 5.1.5.

kan uproblematisk tænkes overført også til denne sammenhæng, især i lyset af at »non-violation« som klage type fokuserer på påvirkninger af konkurrencevilkårene på et givet marked.

I WTO har spørgsmålet om retsstridighed fået endnu en dimension. Således foreskriver artikel XVI:4 i WTO-Aftalen, at medlemmerne skal sikre overensstemmelse af »laws, regulations and administrative procedures« med forpligtelserne i WTO-aftaler.<sup>16</sup> I DSU artikel 3.8 er GATT praksis med hensyn til krænkelse kodificeret:

»In cases where there is an infringement of the obligations assumed under a covered agreement, the action is considered prima facie to constitute a case of nullification or impairment. This means that there is normally a presumption that breach of the rules has an adverse impact on other Members parties to that covered agreement, and in such cases, it shall be up to the Member against whom the complaint is brought to rebut the charge.«

Med denne bestemmelses første punktum opretholdes retstilstanden fra GATT. Med andet punktum kodificeres praksis med hensyn til argumentations- og bevisbyrde, dog med kvalifikationen »normally« til den rejste formodning. Dette kunne tolkes som en lempelse af den i praksis uigendrivelige formodning for 'udslettelse eller svækkelse' som følge af retsbrud, men i såvel GATT- som WTO-praksis er klager forgæves søgt tilbagevist med henvisning til, at skadelige virkninger ikke kunne bevises.<sup>17</sup> Igen er »non-violation« ikke omfattet af formuleringen, men må, som ovenfor anført, omfattes på baggrund af fokus på konkurrencevilkår.

Den anden virkning, hvorpå en klage kan baseres, er at opnåelse af et af GATTs mål hindres. Målene med GATT er mange og ikke altid entydige. Således beskriver Præamblen til GATT 1947 målene med aftalen som:

»raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, developing the full use of the resources of the world and expanding the production and exchange of goods.«

De kontraherende parter har forståeligt undladt at basere specifikke klager på denne formulering. Præambelens formulering rummer betydelige modsætninger og spændinger, og det er vanskeligt at forestille sig, at en klage i fuldt alvor kunne rettes mod en anden part baseret på, at levestandarden ikke er ste-

<sup>16</sup> Jf. også Traktatretskonventionens artikel 26.

<sup>17</sup> Se fx United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, BISD L/6175 – 34S/136, vedtaget 17/6 1987, § 5.1.9; European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, §§ 251-253. Se også Bugge Thorbjørn Daniel: WTO Adjudication, Thomson 2005, s. 407-411.

get, at fuld beskæftigelse ikke er opnået, at realindkomsten ikke er steget, eller at den fulde udnyttelse af klodens ressourcer ikke er blevet udviklet og produktionen og forbruget af varer ikke er udvidet. Da hindring af mål er bevaret som klagegrundlag i WTO, må disse mål nu identificeres i WTO-Aftalen. Præamblen til WTO-Aftalen gentager den første del af GATT-præambelen og tilføjer (med et lille overlap markeret i kursiv):

*»and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development«* (overlap med GATT-præambelens tekst markeret med kursiv)

Med disse mindre modifikationer og betydelige tilføjelser præsenteres WTOs mål hverken klarere eller mindre flertydigt end GATTs. Denne del af GATT artikel XXIII:1 er heller ikke blevet anvendt som klagegrundlag i WTO.

En anden faktor, der kan have medvirket til at manglende opnåelse af GATTs mål og ikke har dannet basis for klager, er adgangen til at basere specifikke klager på 'udslettelse eller svækkelse' af fordele som følge af anvendelse af ikke-retsstridige foranstaltninger eller andre situationer, jf. GATT artikel XXIII:1(b)-(c).

### 3. Partsstatus

I GATT artikel XXII er retten til at initiere konsultationer afgrænset til enhver sag, der vedrører aftalens funktion. En tilsvarende ret genfindes i DSU artikel 4.2.<sup>18</sup> I GATT artikel XXIII:1 er retten til at iværksætte konsultationer eller bringe en klage afgrænset med henvisning til de seks klagegrundlag nævnt i bestemmelsen. I WTO findes disse regler i DSU suppleret med regler for opnåelse af tredjepartsstatus.

#### 3.1. Kompetence til at iværksætte konsultationer og panelprocedure

DSU artikel 3.7 foreskriver i sin første sætning:

*»Before bringing a case, a Member shall exercise its judgement as to whether action under these procedures would be fruitful.«*

Uden her at tage stilling til rækkevidden af at 'bringe en sag' og 'disse procedurer' står det rimeligt klart, at eneste afgrænsning af retten til at iværksætte procedurene under DSU synes at være pågældende medlems eget skøn over, hvorvidt dette er frugtbart.

<sup>18</sup> Mht. tjenesteydelser: General Agreement on Trade in Services (GATS), artikel XXII:1.

I *EC – Bananas* bemærkede Appellate Body netop, at DSU artikel 3.7 overlod WTO-medlemmer et vidt skøn, samt at udøvelsen heraf ville være »largely self-regulating«. I *Mexico – HFCS (DSU 21.5 – US)* uddybede Appellate Body, at dette på den ene side indebærer, at medlemmer ikke skal bringe betydningsløse sager og på den anden side, at paneler hverken er bemyndiget eller berettiget til at sætte spørgsmålstejn ved udøvelsen af skønnet. I *US – Sunset Review* præciserede Appellate Body, at så længe principperne i DSU artikel 3.7 og 3.10 overholdes, har WTO-medlemmer en ret til at iværksætte panelproceduren.<sup>19</sup>

DSU artikel 3.7 udtrykker i koncentreret form essensen af konflikthåndteringsystemets judicielle aspekter og håndhævelse. DSU artikel 3.10 udtrykker en bred forpligtelse til anvendelse af konflikthåndteringsystemet i god tro. Tilsammen rummer de citerede udtalelser næppe mere end en opfordring til WTOs medlemmer til grundigt at overveje, om sager skal indbringes. Omvendt synes det lidet sandsynligt, at paneler eller Appellate Body sætter spørgsmålstejn ved WTO-medlemmers udnyttelse af dette skøn.

### **3.2. Spørgsmålet om tilstrækkelig 'interesse'**

Iværksættelse af panelproceduren sker med henvisning til det retlige grundlag for klager. Dette rejser spørgsmålet om en 'interesse' er nødvendig og i bekræftende fald karakteren af en sådan interesse.

I *EC – Bananas* fremhævede Appellate Body fire faktorer, der tilsammen udgjorde tilstrækkeligt grundlag for USAs interesse i at deltage i en sag mellem en række centralamerikanske bananeksporterende lande og EU. For det første, at USA er producent af bananer. For det andet, at en potentiel amerikansk eksportinteresse ikke kunne udelukkes. For det tredje, at det interne amerikanske marked ville kunne blive påvirket af de omtvistede foranstaltningers påvirkning af verdensmarkedsprisen. For det fjerde, at WTO medlemmer, med den øgede sammenhæng af den globale økonomi, har en større interesse i håndhævelsen af WTO-regler end tidligere, idet det er mere sandsynligt, at afvigelser fra den forhandlede balance af rettigheder og forpligtelser direkte eller indirekte vil påvirke dem.<sup>20</sup>

Aktuelt forbrug, aktuel produktion og/eller potentiel eksport af en vare er en ganske bred definition af interesse, men især den fjerde faktor er bemærkelsesværdig, idet spørgsmålet om 'interesse' her kædes sammen med spørgs-

<sup>19</sup> European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, §§ 132-135; Mexico – Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup from the US (Recourse to DSU article 21.5 by the United States), WT/DS132/AB/RW, §§ 72-75; United States – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan, WT/DS244/AB/R, § 89.

<sup>20</sup> European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, §§ 136, 138.

målet om håndhævelse af WTO-regler. I sammenhængen må 'håndhævelse' forstås som anvendelse af de judicielle procedurer i DSU.

I voldgiften *EC – Bananas (DSU 22.6)* konkluderedes, at potentiel handelsinteresse samt en interesse i fastlæggelse af rettigheder og forpligtelser under WTO-Aftalen hver for sig var tilstrækkeligt til at etablere en ret til at anvende WTOs konfliktløsningsprocedurer.<sup>21</sup>

WTO-medlemskab synes, jf. DSU artikel 3.7, at være tilstrækkelig interesse til iværksættelse af konfliktløsningsprocedurer.<sup>22</sup> Herved er åbnet for, at ethvert WTO-medlem kan iværksætte konfliktløsningsprocedurerne mod ethvert andet medlem, reelt *actio popularis*.

### 3.3. Tredjeparter

Reglerne for opnåelse af partsstatus må også sammenholdes med reguleringen af andre medlemmers ret til at opnå status som tredjeparter ved konsultationer eller panel- og appelprocedurer: Medlemmer, der måtte anse sig for at have en »substantial trade interest« i igangværende konsultationer, kan anmode de konsulterende medlemmer samt Dispute Settlement Body om tilladelse til at slutte sig til disse konsultationer, jf. DSU artikel 4.11. Et afslag på anmodningen medfører ikke, at retten til at initiere egne konsultationer fortabes.

Tredjeparter har ret til at blive hørt af et panel, hvis de har en »substantial interest« i sagen for panelet, og har notificeret Dispute Settlement Body herom, jf. DSU artikel 10.2. Samme krav om »substantial interest« regulerer adgangen til at bevare status som tredjepart ved en eventuel appel, jf. DSU artikel 17.4.

Det er uafklaret, om rækkevidden af »substantial trade interest« og »substantial interest« er forskellig. Forskellen synes at bero på forskelle mellem de to situationer. Konsultationer kan omhandle mere end handel, hvorved præciseringen er velbegrundet. Omvendt er handelsinteresser underforstået i panelproceduren og derved overflødige i denne sammenhæng. Mere interessant er imidlertid kvalifikationen »substantial«, der kan forstås i såvel kvantitativ som kvalitativ forstand. Overføres ræsonnementet fra forrige afsnit vil legitime interesser være aktuel import og eksport, potentiel eksport og aktuelt forbrug. Potentielle import- og forbrugsinteresser kan ikke udelukkes. Dette gælder i det mindste i de tilfælde, hvor sådanne interesser ikke er yderligere kvalificeret til også at være »substantial« i kvantitativ forstand. Med andre ord synes en kvantitativ forståelse af »substantial« logisk at udelukke tredje-

<sup>21</sup> *EC – Bananas (DSU 22.6)*, WT/DS27/ARB, § 6.10.

<sup>22</sup> WTO-medlemskab er reguleret i WTO-Aftalens artikel XI og XII.



partsstatus på baggrund af potentielle interesser. Dette stemmer dog ikke overens med accepten af potentielle eksportinteresser. Dette må tolkes således, at »substantial« skal forstås i kvalitativ forstand. Herved gives også rum for opnåelse af tredjepartsstatus på baggrund af interesse i fastlæggelse af rettigheder og forpligtelser.

#### 4. Håndhævelse

Fra et sparsomt udgangspunkt er reglerne om håndhævelse i betydeligt omfang udviklet i WTO. Dette er afspejlet i vægtningen i dette afsnit.

##### 4.1. GATT

Hvis ikke de involverede parter inden for et rimeligt tidsrum kunne opnå en 'tilfredsstillende justering', kunne sagen forelægges CONTRACTING PARTIES, der, hvis omstændighederne var 'tilstrækkeligt alvorlige', kunne bemyndige suspension af 'passende' koncessioner eller forpligtelser, jf. GATT XXIII:2. Med denne formulering er beslutningen om bemyndigelse af suspension politisk og skal træffes af et politisk organ.

I *Uruguay – Recourse to GATT article XXIII* fandt panelet, at kvalifikationen 'tilstrækkelig alvor' afgrænsede bestemmelsens anvendelighed til situationer, hvor der var fundet 'udslettelse eller svækkelse', hvorefter panelet tilføjede, at det var vanskeligt at forestille sig en situation, hvor suspension var passende, og 'udslettelse eller svækkelse' ikke var involveret.<sup>23</sup>

Hermed afgrænses brugen af suspension retligt til de tre årsager, der kan føre til 'udslettelse eller svækkelse'. Det er uklart, om udtalelsen i givet fald også ville kunne omfatte hindring af GATTs mål. Suspension blev i GATT bemyndiget en enkelt gang, men blev da ikke anvendt.<sup>24</sup>

##### 4.2. WTO

Disse regler blev præciseret og uddybet med WTOs ikrafttræden. Efterkommes Dispute Settlement Bodys anbefalinger og kendelser ikke inden for det rimelige tidsrum afsat hertil, giver DSU artikel 22 mulighed for, at det implementerende medlem tilbyder kompensation, eller at modparten anmoder Dispute Settlement Body om tilladelse til at suspendere koncessioner eller andre forpligtelser. Begge muligheder er midlertidige og subsidiære til fuld implementering. DSU artikel 22.3 opstiller regler og procedurer for, hvilke

<sup>23</sup> *Uruguay – Recourse to GATT XXIII*, BISD L/1923 – 11S/95, vedtaget 16/11 1962, § 13.

<sup>24</sup> *John H. Jackson; The Jurisprudence of GATT and the WTO*, Cambridge University Press 2000, s. 172 f.

koncessioner eller andre forpligtelser der suspenderes, men vil i øvrigt ikke blive behandlet nærmere her.

I WTO er muligheden for kompensation reguleret i DSU artikel 3.7, 22.1 og 22.2. Når en omtvistet foranstaltning er fundet WTO-stridig, er den primære forpligtelse at trække denne tilbage, jf. DSU artikel 3.7, 4. pkt., hvilket også omfatter modifikation af den WTO-stridige foranstaltning. Er umiddelbar tilbagetrækning/modifikation ikke gennemførlig, er kompensation en subsidær og midlertidig mulighed, jf. DSU artikel 3.7, 5. pkt. betinget af, at et rimeligt tidsrum er passeret, jf. DSU artikel 22.1.<sup>25</sup> På dette punkt kan ethvert WTO-medlem, der har påberåbt sig konfliktløsningsprocedurene, anmode om påbegyndelse af konsultationer med henblik på at aftale gensidigt tilfredsstillende kompensation, jf. DSU artikel 22.2, 1.pkt. Det ikke-implementerende medlem er forpligtet til at deltage i forhandlingerne, men ikke til at disse når et resultat.

Kan enighed ikke opnås om tilfredsstillende kompensation inden for 20 dage, kan den part, der har påberåbt sig konfliktløsningsprocedurene, anmode Dispute Settlement Body om tilladelse til at suspendere koncessioner eller andre forpligtelser, jf. DSU artikel 22.2, 2. pkt. Dette betyder ikke, at forhandlinger om kompensation ikke kan fortsætte efter udløbet af fristen. Ifølge DSU artikel 3.7 er diskriminerende suspension af koncessioner eller andre forpligtelser med Dispute Settlement Bodys tilladelse den sidste udvej, et klagende WTO-medlem har over for en ikke-implementerende modpart. Ifølge både DSU artikel 3.7 og 22.2 er suspension subsidær i forhold til at forsøge at forhandle kompensation.<sup>26</sup>

Suspension er et middel, der anvendes i forsøget på at nå et bestemt mål. Målet er efterlevelse af Dispute Settlement Bodys anbefalinger og kendelser, og midlet er midlertidig anvendelse af diskriminerende handelsbarrierer. Midlet er således grundlæggende i strid med de midler, der nævnes i præamblerne til både WTO-Aftalen og GATT 1994.<sup>27</sup> Det fremgår af implementeringspligten og modforholdsreglers midlertidige karakter, at formålet er at opnå implementering af Dispute Settlement Bodys anbefalinger og kendelser.

I voldgiftskendelsen i *EC – Bananas (DSU 22.6)* noterede voldgiftsretten sig, at suspensions midlertidige karakter indikerede, at formålet var at tilskynde til overholdelse af WTO-forpligtelser. Derfor, fandt voldgiftsretten, skulle niveauet for suspension være ækvivalent med niveauet for den lidt udsettelse eller svækkelse af fordele. Voldgiftsretten understre-

<sup>25</sup> Det forudsatte rimelige tidsrum til implementering er tidsrummet fastsat under DSU artikel 21.3. Særligt om »non-violation« i DSU artikel 26.1(d).

<sup>26</sup> I GATS er adgangen til suspension formelt kvalificeret, men dette indebærer næppe andet end et begrundelseskrav, jf. GATS artikel XXIII:2.

<sup>27</sup> Se fx bemærkningen i *EC – Bananas (DSU 22.6)*, WT/DS27/ARB, § 2.13.

gede, at intet i DSU artikel 22.1, 22.4 og 22.7 pegede i retning af, at suspensionen skulle rumme elementer af straf.<sup>28</sup>

Den postulerede sammenhæng mellem tilskyndelsen og det begrænsede niveau for suspension er ikke ganske klar. Umiddelbart synes det, at jo højere niveauet for suspension, jo større tilskyndelse.<sup>29</sup> Omvendt peger formuleringen af DSU artikel 22 ikke i retning af, at suspension indebærer straf.

I *EC – Hormones (US)(DSU 22.6)* udtalte voldgiftsretten, at det ville stride mod principperne i DSU artikel 3.7, 21.1, 22.1 og 22.8 at lade niveauet for suspension overstige niveauet for at bringe de omstridte foranstaltninger i WTO-overensstemmelse. I voldgiftskendelsen *Brazil – Aircraft (DSU 22.6, SCM 4.11)* udtaltes, at en modforholdsregel indeholdt elementer af straf, hvis den indeholdt en yderligere dimension beregnet på at sanktionere modpartens handlinger.<sup>30</sup>

Med hensyn til størrelsen af suspension fastsætter DSU artikel 22.4, at niveauet for suspension skal være ækvivalent med niveauet for udslettelse eller svækkelse. Aftalen om statsstøtte (SCM) indeholder yderligere to standarder for denne sammenligning.<sup>31</sup> SCM artikel 4.10 tillader 'passende modforanstaltninger', og i artikel 7.9 gives mulighed for modforanstaltninger, der står i et 'rimeligt forhold' til de påviste skadelige virkninger.

I panel-/appelproceduren skal det afgøres, om en omtvistet foranstaltning udgør en krænkelse af WTO-forpligtelser eller på anden vis udsletter eller svækker ellers tilkommende fordele. I forbindelse med statsstøtte skal panellet/Appellate Body afgøre, om den omtvistede støtte er forbudt eller eventuelt af en art, hvor eventuelle skadelige virkninger resulterer i ulovlighed. Fælles er, at såvel DSU artikel 22.4, som SCM artikel 4.10 og 7.9 indebærer, at niveauet for udslettelse eller svækkelse af ellers tilkommende fordele/skadelige virkninger af støtte/eksistens af forbudt statsstøtte skal kvantificeres og sammenlignes med det kvantificerede niveau for den foreslåede suspension/modforanstaltning.

<sup>28</sup> *EC – Bananas (DSU 22.6)*, WT/DS27/ARB, § 6.3. Med henvisning hertil se *EC – Hormones (US)(DSU 22.6)*, WT/DS26/ARB, §§ 39-40 og *EC – Hormones (CAN)(DSU 22.6)*, WT/DS48/ARB; *EC – Bananas (DSU 22.6 – Ecuador)*, WT/DS27/ARB/ECU, §76; *US – 1916 Act (DSU 22.6)*, WT/DS136/ARB, §§ 5.5-5.7. I konteksten af SCM artikel 4.10 se *Brazil – Aircraft (DSU 22.6, SCM 4.11)*, WT/DS46/ARB, §§ 3.44, 3.50-3.51.

<sup>29</sup> Se fx *US – CDSOA (DSU 22.6)*, WT/DS217/ARB, WT/DS234/ARB, § 3.74.

<sup>30</sup> *EC – Hormones (US)(DSU 22.6)*, WT/DS26/ARB, § 39; *Brazil – Aircraft (DSU 22.6, SCM 4.11)*, WT/DS46/ARB, § 3.55.

<sup>31</sup> Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM)

I *EC – Bananas (DSU 22.6)* konstaterede voldgiftsretten, at sammenligningen forudsætter, at begge niveauer er kendt. I *EC – Hormones (US)(DSU 22.6)* slog voldgiftsretten fast, at dette var en kvantitativ og ikke en kvalitativ vurdering af den foreslåede suspension.<sup>32</sup>

Dette indebærer, at det relevante sammenligningsgrundlag er den økonomiske effekt af den foreslåede suspension, og ikke om denne har samme form og karakter som den omtvistede WTO-stridige foranstaltning. Hvor implementeringsskridt allerede er taget, er det niveauet for udslettelse eller svækkelse af fordele som følge af disse implementeringsskridt, der skal indgå i sammenligningen.<sup>33</sup> På denne baggrund må det afklares, hvilken vejledning ækvivalenskravet i DSU artikel 22.4 giver det suspenderende medlem.

I *US – 1916 Act (DSU 22.6)* fandt voldgiftsretten, at ækvivalenskravet indebar, at niveauet for suspension ikke måtte overstige niveauet for de udslettede eller svækkede fordele. I *EC – Bananas (DSU 22.6)* konstaterede voldgiftsretten, at sammenhængen udelukkede suspension på vegne af tredjelande. I en situation, hvor den samme foranstaltning forårsager udslettelse eller svækkelse af fordele i forhold til flere WTO-medlemmer, kan den samme udslettelse eller svækkelse ikke tælle flere gange. Til den sidste situation føjede voldgiftsretten i *EC – Hormones (US)(DSU 22.6)* til, at i så fald måtte suspensionen fordeles i forhold til de forskellige WTO-medlemmers lidte udslettelse eller svækkelse.<sup>34</sup>

Niveauet for udslettelse eller svækkelse er ikke nødvendigvis sammenfaldende med en eventuel udgift til en WTO-krænkelse, som fx ulovlig statsstøtte. Det kan være tilfældet, at den økonomiske effekt kun udgør en del af udgiften til krænkelsen. Endelig er der situationer, hvor en krænkelse ikke umiddelbart kan kvantificeres. Denne situation kan især opstå, hvor en foranstaltning er fundet WTO-stridig ved sin blotte eksistens og uden konkret at have været anvendt.<sup>35</sup>

I *US – CDSOA (DSU 22.6)* konkluderede voldgiftsretten, at Brasilien under ækvivalenskravet i DSU artikel 22.4 ikke blot kunne ligestille de amerikanske udgifter under den ulovlige foranstaltning med niveauet for udslettelse eller svækkelse af fordele, der ellers ville tilfalde Brasilien. Niveauet for udslettelse eller svækkelse af fordele var i stedet den handel, der direkte blev påvirket af den ulovlige foranstaltning. Voldgiftsretten valgte efterfølgende at ba-

<sup>32</sup> *EC – Bananas (DSU 22.6)*, WT/DS27/ARB, § 4.7; også *US – CDSOA (DSU 22.6)*, WT/DS217/ARB, WT/DS234/ARB § 1.18; *EC – Hormones (US)(DSU 22.6)*, WT/DS26/ARB, § 20; se tillige *US – 1916 Act (DSU 22.6)*, WT/DS136/ARB, § 5.23.

<sup>33</sup> *EC – Bananas (DSU 22.6)*, WT/DS27/ARB, § 4.3; *EC – Hormones (US)(DSU 22.6)*, WT/DS26/ARB, § 2.13.

<sup>34</sup> *US – 1916 Act (DSU 22.6)*, WT/DS136/ARB, § 5.22.; *EC – Bananas (DSU 22.6)*, WT/DS27/ARB, §§ 6.12-6.16; *EC – Hormones (US)(DSU 22.6)*, WT/DS26/ARB, § 3.58; se også *US – FSC (DSU 22.6)*, WT/DS108/ARB, § 6.27.

<sup>35</sup> Se fx *US – CDSOA (DSU 22.6)*, WT/DS217/ARB, WT/DS234/ARB § 6.5.

sere sin udregning på en økonomisk model for at nå et 'troværdigt resultat gennem en transparent proces i en kompleks sag'. Konklusionen var, at det ville være konsistent med ækvivalenskravet i DSU artikel 22.4 at udregne niveauet for udslettelse og svækkelse og derved det maksimale niveau for suspension ved at gange de amerikanske tilbagebetalinger inden for et år med den koefficient, der var resultatet af den anvendte økonomiske model.<sup>36</sup>

Med andre ord accepterer voldgiftsretten en abstrakt konstruktion af grundlaget for en fremtidig kvantificering af 'udslettelse eller svækkelse'.

## 5. Sammenfatning

I dette afsluttende afsnit vil jeg fremhæve de kvalitative og kvantitative elementer i de tre eksempler. Spørgsmålet er vigtigt, fordi det influerer på muligheden for håndhævelse af rettigheder i WTO, og fordi rettighedernes eventuelle kvantitative karakter indebærer en mere byrdefuld bevisførelse.

Ser man først på de tre typer klager forudset i GATT artikel XXIII:1, er det umiddelbart oplagt, at det var intentionen, at klager skulle kunne baseres på andet og mere end retsbrud. I sig selv indebærer dette blot en udvidelse af klagegrundlaget. Spørgsmålet er, om der er knyttet kvantitative betingelser til disse tre klage typer. Dette spørgsmål kan ikke besvares fyldestgørende uden samtidig at inddrage fortolkningen af de to virkninger, der sammen med de tre klagegrunde fuldender klagegrundlaget. Formuleringen 'udslettelse eller svækkelse' kan indikere en kvantitativ fokus, men sammenholdt med, at såvel »violation« som »non-violation«-klager fokuserer på påvirkning af konkurrencevilkår, må det konstateres, at denne formulering nærmere er valgt for at omfatte alle tre klage typer. Teoretisk opretholdes det, at klager kan tilbagevises, men dette har i praksis ingen anden betydning end strukturering af argumentationsbyrden. Kort kan dette sammenfattes til, at GATT/WTO fokuserer på et kvalitativt klagegrundlag frem for et kvantitativt. Med hensyn til hindring af opnåelse af aftalens mål skal det først gentages, at denne virkning ikke har dannet basis for klager. Når dette er sagt, er målene som beskrevet i GATT- og WTO-Aftalen ikke kvantificeret. Endelig skal det bemærkes, at GATT/WTO rummer bestemmelser, der i sig selv stiller kvantitative krav, men disse tjener til at vurdere krænkelse af denne bestemmelse og vedrører ikke den her behandlede problemstilling. Eksempler på sådanne bestemmelser kan findes i aftalerne om anti-dumping, statsstøtte og sikkerhedsforanstaltninger.

Ifølge DSU artikel 3.7 er det WTO-medlemmers eget skøn, der regulerer iværksættelse af panelproceduren, uden at der herved stilles kvantitative krav. Dette er understøttet af Appellate Bodys fortolkning af, hvad der udgør til-

<sup>36</sup> US – CDSOA (DSU 22.6), WT/DS217/ARB, WT/DS234/ARB §§ 3.20-3.54, 5.1-5.2.

strækkelig interesse til at rejse en sag. Blandt de nævnte faktorer vil jeg fremhæve den fjerde, nemlig den større interesse WTO-medlemmer har i håndhævelse af WTO rettigheder, der følger af globaliseringen. Det er bemærkelsesværdigt, at WTO ved sin eksistens herved anvendes som argument for ikke at begrænse medlemmernes muligheder for anvendelse af konfliktløsningsystemet. På denne baggrund kan det konkluderes at der ikke stilles kvantitative krav med hensyn til iværksættelse af panelproceduren. For så vidt angår eventuelle tredjeparters deltagelse i konsultationer og/eller panelproceduren er svaret mindre entydigt, men det synes rimeligt at konstatere, at der ikke stilles kvantitative krav i denne sammenhæng.

Det tredje eksempel, håndhævelse ved hjælp af suspension af WTO-forpligtelser, udgør et markant brud på denne kvalitative fokus. Den Internationale Lovkommission beskriver i sit udkast til regler om staters ansvar for folkeretsbrud,<sup>37</sup> at formålet med modforholdsregler er at tilskynde stater til overholdelse af deres folkeretlige forpligtelser og ikke at straffe, jf. udkastets artikel 49(1) og kommentarer hertil, s. 318 f. Dette indebærer en proportionalitetsafvejning, jf. udkastets artikel 51. Folkeretligt set er der derfor et vist spillerum for modforholdsregler, når blot kravet om proportionalitet overholdes. I GATT artikel XXIII:2 gives mulighed for suspension af koncessioner eller andre forpligtelser, som måtte være konkret passende. I WTO er dette spillerum for suspension reguleret i DSU artikel 22.4 og SCM artikel 4.10 og 7.9. Fælles for alle tre bestemmelser er, at niveauet for 'udslettelse eller svækkelse' skal kvantificeres, og at det ligeledes kvantificerede niveau for suspension skal holdes op herimod. Standarderne er forskellige med mindst spillerum under den generelle bestemmelse i DSU artikel 22.4. Når denne kvantitative fokus er konstateret, må det samtidig bemærkes, at i sager, hvor en lovgivning indklages uden konkret at have været anvendt, er der åbnet for en abstrakt kvantificering, ifald den skulle blive anvendt. Dette ændrer dog ikke den kvantitative fokus.

Konsekvensen er interessant. Hvor udslettelse eller svækkelse af ellers tilkommende fordele formodes at være en følge af WTO-krænkelser, betyder

<sup>37</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third sessions (2001), *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, cph.IV.E.1).

den kvantitative sammenkobling af suspension med udslettelse eller svækkelse af ellers tilkommende fordele, at der ikke er en nødvendig sammenhæng mellem et Medlems interesse i at påtale et brud og retten til at håndhæve en judiciel kendelse ved anvendelse af suspension.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Se kendelserne i *EC – Bananas (DSU 21.5)*, WT/DS27/ARB, § 6.10; *US – CDSOA (DSU 22.6)*, WT/DS217/ARB, WT/DS234/ARB, §§ 3.20-3.53.

# EU's administrative sanktioner – straf eller erstatning?

(En analyse med udgangspunkt i konkurslovens § 98)

af

*Thomas Elholm*

## 1. Indledning

Hvert år idømmes hundredvis af danskere og danske virksomheder byrdefulde administrative EU-sanktioner for overtrædelser af EU-retten. EU hævder selv, at der ikke er tale om straf. Fødevareministeriet, der anvender disse EU-sanktioner, har ligeledes hævdet, at der ikke er tale om straf, men snarere om erstatning. Spørgsmålet om sanktionernes karakter blev aktuelt i en sag fra 2003-2004 (se U 2004.2951 H), hvor et konkursbo over for Fødevareministeriet hævdede, at en sanktion var efterstillet de almindelige krav i et konkursbo, jf. konkurslovens § 98, nr. 2. Efter denne bestemmelse er nemlig en række forskellige krav, herunder bøder og tvangsbøder, efterstillede almindelige krav i et konkursbo. Konkursboet fik ikke medhold i landsretten, men med dommerstemmene 3 mod 2 anså derimod Højesteret sanktionen for at have pønalt karakter og derfor omfattet af konkurslovens § 98, nr. 2, og efterstillet almindelige fordringer i konkursboet.

Det er første gang, at spørgsmålet om sanktionernes karakter er behandlet ved danske domstole, og der argumenteres i artiklen for, at dommen har en vis principiel betydning, og at Højesterets afgørelse er en sejr for retsstatslige principper.

## 2. Sagen

En handelsvirksomhed eksporterede kød til Østeuropa og søgte EU-eksportstøtte i Fødevareministeriet. Imidlertid viste kontrol i tolden, at virksomheden over for Ministeriet angav udførsel af mere kød, end der faktisk blev udført. Ministeriet krævede derfor støtten tilbagebetalt for den mængde, som ikke blev eksporteret. Herudover blev virksomheden imidlertid pålagt en såkaldt administrativ sanktion. Det er EU's forordning nr. 3665/87,<sup>1</sup> der på-

<sup>1</sup> Kommissionens forordning nr. 3665/87 af 27. november 1987 om fælles gennemførelsesbestemmelser for eksportrestitutioner for landbrugsprodukter (EFT L 351 af 14.12.1987,



lægger de nationale myndigheder at anvende administrative sanktioner i sådanne tilfælde. Ifølge forordningen skal ikke blot den uberettigede støtte tilbagebetales. Der skal oveni betales en sanktion svarende til 200 % af den uberettigede modtagne støtte, hvis forholdet er forsætligt og ellers på 50 % af dette beløb.<sup>2</sup>

I den omhandlede sag var virksomheden – foruden tilbagebetaling af den uberettigede støtte (ca. 500.000 kr.) – blevet pålagt at betale en administrativ EU-sanktion svarende til 50 % af de urigtige angivelser. Sanktionsbeløbet udgjorde ca. 250.000 kr. Virksomheden var i mellemtiden gået konkurs, og Ministeriet anmeldte derfor kravet i konkursboet. Senere modregnede Ministeriet imidlertid kravet i anden eksportstøtte, som virksomheden/konkursboet havde til gode. Konkursboet anlagde derefter sag mod Ministeriet med påstand om, at sanktionsbeløbet blev udbetalt til boet, fordi sanktionen var omfattet af konkurslovens § 98, nr. 2, og efterstillet almindelige fordringer i boet. Efter konkurslovens § 43 kan sådanne fordringer ikke modregnes.

### 3. Baggrunden for konkurslovens § 98, nr. 2

Efter konkurslovens § 97 er krav i et konkursbo som udgangspunkt ligestillede. Lovens § 98 rummer imidlertid nogle undtagelser til dette udgangspunkt. I nr. 2 hedder det således, at »krav på bøder, tvangsbøder ... [og] krav på konventionalbod i det omfang, boden ikke udgør erstatning for lidt tab« er efterstillet almindelige fordringer. Baggrunden for denne undtagelsesbestemmelse fremgår af betænkning nr. 423/1966 om konkursordenen (s. 36 ff.). Da konkurslovudvalget overvejede reglerne om konkursordenen, indhentedes det en udtalelse fra Straffelovrådet. Af Straffelovrådets udtalelse fremgår:

»Med hensyn til bødekrav er det et *væsentligt* strafferetligt princip, at reglerne herom så vidt muligt bør udformes således, at bødeansvaret ikke kommer til at påhvile andre end den skyldige selv ... De synspunkter, der ligger til grund for dette princip, taler også for, at indrivelse af bødekrav gennem anmeldelse i konkursbo ikke sker til skade for øvrige kreditorer.« (Min kursivering.)<sup>3</sup>

---

s. 14), på tidspunktet for sagens omstændigheder kun ændret ved forordning 495/97 af 18. marts 1997 (EFT L 77 af 19.3.1997, s. 12). Forordningen er nu afløst af Kommissionens forordning nr. 800/1999 af 15. april 1999 om fælles gennemførelsesbestemmelser for eksportrestitutioner for landbrugsprodukter (EFT L 102 af 17.4.1999, s. 11), men principperne – også for anvendelse af sanktionerne – er de samme.

<sup>2</sup> Jf. forordningens art. 11, nu art. 51 i forordning 800/1999.

<sup>3</sup> Udtalelsen er fra 30. september 1965 og gengivet i Konkurslovudvalgets betænkning s. 44, hvorfra dette er citeret.

Konkurslovudvalget overvejede herefter, om »bøder og andre krav af pønalt karakter« (betænkningen s. 36) burde være sidestillede med almindelige fordringer, således som det var gældende ret på daværende tidspunkt, eller om de burde være efterstillede. Med henvisning til navnlig Straffelovrådets udtalelse om, at bødeansvar ikke bør påhvile andre end den skyldige selv, samt med henvisning til gældende ordninger i norsk, svensk og finsk ret, foreslog udvalget at ændre retstilstanden, så bøder blev efterstillede almindelige fordringer. Også andre fordringer, som efter udvalgets mening havde pønalt karakter, blev efterstillede, bl.a. »skattetillæg«. Konkursloven fik herefter en ny bestemmelse i § 35 a, som efterstillede »bøder og værdikonfiskation samt krav på betaling af tillæg til skat som følge af urigtig eller undladt selvangivelse«. Efter forslag i betænkning 606 fra 1971 om konkurs og tvangsakkord blev yderligere krav af pønalt karakter tilføjet bestemmelsen. Det drejede sig om tvangsbøder (bl.a. med henvisning til norsk ret), og om konventionalbod i det omfang denne ikke er erstatning for lidt tab. Ordlyden af § 98, nr. 2 er nu således:

»Krav på bøder, tvangsbøder og værdikonfiskation, krav på betaling af tillæg til skat som følge af urigtig eller undladt selvangivelse, samt krav på konventionalbod i det omfang, boden ikke er erstatning for lidt tab.«

Som det fremgår, er erstatningskrav altså ikke efterstillede i konkursordenen, men det er bøder og andre sanktioner af pønalt karakter, jf. konkurslovens § 98, nr. 2. For at kunne få dækket sit krav og få medhold i, at den foretagne modregning var korrekt, var det således i Ministeriets interesse at anse kravet for at have en erstatningsretlig snarere end en strafferetlig/pønalt karakter. Konkursboet var derimod interesseret i at anse sanktionerne for pønalt og dermed efterstillet almindelige fordringer.

#### 4. Dommene i 1. og 2. instans

##### 4.1. Landsrettens afgørelse

Konkursboet gjorde navnlig gældende, at EU-sanktionen var omfattet af begrebet »bøder« i konkurslovens § 98, nr. 2, og at dette begreb skal fortolkes som værende sanktioner af pønalt karakter. Efter konkursboets opfattelse kunne dette udledes både af en »naturlig sproglig forståelse« og af den juridiske teori. Af udskrift fra dombogen fremgår dog ikke, at konkursboet skulle have givet konkrete henvisninger til den juridiske teori. I stedet ses en henvisning til, at ordet konventionalbod i § 98, nr. 2, støtter dette resultat, og at også bøder udstedt af administrative myndigheder er omfattet af bestemmelsen. Endvidere henviste konkursboet til en dom fra Landsskatteretten om EU-konkurrenceretlige bøder.

Landsretten<sup>4</sup> fastslog indledningsvis i sin meget kortfattede begrundelse, at § 98, nr. 2, 1. led, angår bøder, som er fastsat i henhold til »straffehjemmel«. Herefter hedder det i dommen, at de pågældende sanktioner efter EU's forordning »ikke er pålagt som følge af strafbare forhold« og således ikke omfattet af § 98, nr. 2, 1. led.

Derfor gav landsretten Fødevareministeriet medhold. Ministeriet havde været berettiget til at modregne, som sket.

Det bemærkes, at landsretten i modsætning til konkursboet er meget omhyggelig med at citere den relevante bestemmelse, nemlig konkurslovens § 98, nr. 2, 1. led. Dette 1. led vedrører begrebet »bøder«. Landsretten siger med andre ord, at begrebet »bøde« i konkurslovens § 98, nr. 2, skal forstås som bøde i straffelovens forstand, altså som bødestraf defineret i straffelovens § 31. Det ville da også have været meget vanskeligt at argumentere for det modsatte. Men landsretten ser dermed bort fra, at konkurslovens § 98, nr. 2, opregner en række andre sanktioner end bøder. Havde konkursboet inddraget *hele* § 98, nr. 2, og påstået, at sanktionen var en *bødelignende* sanktion af pønål karakter, som måtte sidestilles med de øvrige sanktioner, der er nævnt i § 98, nr. 2, så havde sagen muligvis fået et andet udfald. Uheldigvis procederede konkursboet alene på, at sanktionen var en »bøde«. Det er måske derfor landsretten indleder sin begrundelse med ordene »[s]om sagen er procederet...«. For Højesteret ændrede konkursboet sit anbringende, så hele § 98, nr. 2, blev inddraget, og sagen fik her – som antydnet – et andet udfald.

Inden parternes anbringender analyseres nærmere, så lad mig kort kommentere landsrettens begrundelse.

#### **4.2. Kommentar til landsrettens afgørelse**

Det fremgår af landsrettens kortfattede begrundelse, at sanktionen ikke er pålagt for et strafbart forhold og – underforstået – derfor ikke kan være en bøde. Det synes ved første øjekast at være en rimelig konstatering, men det giver et lidt fejlagtigt billede.

De danske strafferegler på området<sup>5</sup> giver gode muligheder for at straffe virksomheder for overtrædelser, som ligner den i sagen omhandlede overtrædelse (herunder også, om nødvendigt, på objektivt grundlag<sup>6</sup>). Når der i den

<sup>4</sup> Landsrettens dom af 27. juni 2003 (21. afdeling).

<sup>5</sup> Lov om administration af Det Europæiske Fællesskabs forordninger om markedsordninger for landbrugsvarer m.v. (bemyndigelsesloven), jf. seneste udgave af loven: Lovbekendtgørelse nr. 297 af 28. april 2004. Straffebestemmelserne er i det væsentlige uændrede siden 1990.

<sup>6</sup> Jf. bemyndigelseslovens § 26 om objektivt individualansvar. Se nærmere *Thomas Elholm: EU-svig. En studie i dansk strafferet*, København, 2002, s. 347.

pågældende sag ikke blev anvendt bødestraf, kan det meget vel skyldes, at Fødevarerministeriet er ophørt med at anvende bødestrafte efter indførelsen af EU-sanktionerne. Som påvist af Faurholdt Pedersen, Elholm og Kolze, er det formentlig end ikke *muligt* for Ministeriet at anvende danske bødestrafte i tilfælde, hvor en af EU-sanktionerne skal anvendes.<sup>7</sup> Det skyldes dels, at der efter EU-retten er pligt til umiddelbart at anvende EU-sanktionerne, når en overtrædelse konstateres og dels, at EU-sanktionerne er mindst lige så strenge og indgribende som de danske bøder på området.<sup>8</sup> Det ville med andre ord være uproportionelt at idømme både en bøde og en EU-sanktion for samme forhold, og da EU-sanktionen gør krav på forrang, anvendes i dag alene denne.

Det kan således ikke udelukkes, at EU-sanktionen i den konkrete sag er pålagt for et strafbart forhold. Landsrettens bemærkning om, at sanktionen ikke er pålagt for et strafbart forhold, kan give et fejlagtigt indtryk af dette.

#### 4.3. Kommentar til dissensen i Højesteret

For Højesteret<sup>9</sup> præciserer konkursboet som nævnt sit anbringende. Konkursboet hævder her, at selv om EU-sanktionerne ikke er bøder i straffelovens § 31-forstand, så er de omfattet af konkurslovens § 98, nr. 2, der ud over bøder nævner flere andre sanktioner af pønalt karakter, herunder tvangsbøder og nogle tilfælde af konventionalbod.

Et mindretal i Højesteret (to af fem dommere) henholder sig alligevel til landsrettens resultat. Det er efter min mening vanskeligt at forstå. Landsretten begrundede jo sin afgørelse med, at § 98, nr. 2, 1. led, angår bøder, som er fastsat i henhold til »straffehjemmel«. Hermed sigter landsretten til udtalelser i forarbejderne, hvoraf det fremgår, at bøder i § 98, nr. 2, 1. led, er sådanne, som er omfattet af legaldefinitionen af straf i straffelovens § 31,<sup>10</sup> og som kan idømmes, hvis der er »strafhjemmel«. Men landsretten mener hermed kun og nævner omhyggeligt kun bestemmelsens *1. led*, der anvender begrebet »bøder«. Landsretten begrænser sig hertil, fordi konkursboets anbringende var begrænset hertil. Men for Højesteret har konkursboet jo udvidet sit anbringende, så § 98, nr. 2, inddrages *i sin helhed*. Dermed inddrages også sanktioner som konventionalbod, tvangsbøder og tillægsskat, der rækker langt ud

<sup>7</sup> Se Solveig Faurholt Pedersen, Thomas Elholm og Lars Kolze: EU-rettens påvirkning af dansk strafferet, Juristen, 1998, s. 205-217.

<sup>8</sup> Se Solveig Faurholt Pedersen, Thomas Elholm og Lars Kolze: EU-rettens påvirkning af dansk strafferet, Juristen, 1998, s. 205-217.

<sup>9</sup> Højesterets dom af 10. september 2004 (1. afdeling).

<sup>10</sup> Dengang – på tidspunktet for forarbejderne, jf. betænkning nr. 423/1966 om konkursordningen – var det straffelovens § 52, stk. 4.

over begrebet »bøde« og »straf« i straffelovens § 31. Efter forarbejderne skal § 98, nr. 2, da også omfatte en bred vifte af pønale sanktioner og ikke kun »bøder«. Konkurslovudvalget taler i betænkningen<sup>11</sup> om »bøder og *andre krav af pønalt karakter*« (min kursivering).

Det skal retfærdigvis nævnes, at de to højesteretsdommere begrundede deres resultat med, at § 98, nr. 2, er en undtagelse til hovedprincippet i § 97 om ligestilling af fordringer, hvorfor der må udvises »tilbageholdenhed med at anse andre krav end dem, der udtrykkeligt er opregnet i § 98, nr. 2«, for omfattet. Det er sikkert en god idé at være tilbageholdende, men det synes næppe rimeligt med en alt for snæver fortolkning. Konkurslovudvalget ville jo efterstille ikke bare bøder, men også »andre krav af pønalt karakter«, og allerede i 1971 blev bestemmelsen foreslået udvidet (betænkning 606) for at medtage flere sanktioner af pønalt karakter. I betænkningen udtaler udvalget endog:

»Det ville måske også uden udtrykkelig nævnelser af tvangsbøder i lovteksten kunne antages, at de på dette område gik efter samme regler som bøder.«<sup>12</sup>

Der er således flere elementer i forarbejderne, der peger på, at det væsentlige efter § 98, nr. 2, er sanktionens eventuelle pønale karakter, og at det ville være uhensigtsmæssigt med en indskrænket fortolkning af bestemmelsen. Man har på daværende tidspunkt ikke kunnet tage højde for EU's administrative sanktioner, for de fandtes ikke.

#### 4.4. Højesterets flertal

Flertallet i Højesteret tager tråden fra forarbejderne op og vurderer sanktionernes pønale karakter:

»Disse sanktioner har en klar pønalt karakter, og vi finder, at de må anses for omfattet af konkurslovens § 98, nr. 2, idet de efter formålet med denne bestemmelse ganske må sidestilles med de krav, der udtrykkeligt er nævnt i bestemmelsen.«

Højesterets flertal går således ikke ind på spørgsmålet om definitionen af begrebet »bøder«, men konstaterer, at sanktionerne kan *sidestilles* med kravene i § 98, nr. 2. Det afgørende er, om en sanktion har en »klar pønalt karakter«. Og EU-sanktionerne har efter flertallet i Højesteret en klar pønalt karakter.

Men hvorfor har de pønalt karakter? Dette andet spørgsmål var genstand for en længere disput mellem parterne under sagen. I det følgende gives en kritisk gennemgang af parternes anbringender.

<sup>11</sup> Betænkning nr. 423/1966 om konkursordenen, s. 36.

<sup>12</sup> Betænkning nr. 606/1971 om konkurs og tvangsakkord, s. 191.

## 5. Kommentarer til parternes anbringender

### 5.1. Indledning

Fødevarerministeriet gjorde gældende, at EU-sanktionen ikke havde en klar pønål karakter. For at have pønål karakter skulle der efter Ministeriets mening være tale om 1) en retlig sanktion, 2) der tilføjer et onde over for en person, som 3) kan bebrejdes en retsstridig adfærd.

Det er et løjerligt argument, som Ministeriet fremfører, for der kan vel – for det første – ikke herske tvivl om, at EU-sanktionen er en retlig sanktion. Hvad skulle det ellers være? For det andet er denne sanktion ensbetydende med et ganske indgribende onde, nemlig en sanktion på ikke mindre end 250.000 kr. i det konkrete tilfælde – *foruden* tilbagebetaling af den uberettigede støtte. For det tredje er sanktionen blevet pålagt, fordi der var handlet retsstridigt – sågar formentlig strafbart – idet der var afgivet urigtige oplysninger til offentlig myndighed om en eksportforretning. De kriterier, som Ministeriet opstiller for en pønål sanktion, synes således umiddelbart at være opfyldte.

### 5.2. Udtryk for bebrejdelse

Tilbage står spørgsmålet, om sanktionerne er udtryk for »bebrejdelse«. Der kan efter min mening heller ikke herske tvivl om, at sanktionen er udtryk for en eller anden grad af bebrejdelse. Sanktionerne har jo som nævnt fortrængt anvendelsen af danske bødestrafte. Måden, som myndighederne nu reagerer på ved lovovertrædelser, er ved anvendelse af EU-sanktioner. Det indebærer, at samfundets udtryk for misbilligelse eller bebrejdelse af en given adfærd nu kun kan ske gennem disse sanktioner (medmindre frihedsstraf idømmes, hvilket ikke var tilfældet i nærværende sag). Da indførelsen af sanktionerne helt klart *ikke* er udtryk for et ønske om at afkriminalisere de pågældende handlinger – tværtimod: de anses for særdeles skadelige for EU – så *må* sanktionerne vel være udtryk for misbilligelse eller bebrejdelse af en bestemt handling. Sagt på en anden måde, så *må* de være udtryk for den bebrejdelse, som danske bødestrafte og bødeforelæg tidligere udtrykte. I modsat fald skulle situationen være den, at samfundet ikke længere misbilliger eller bebrejder urigtige angivelser, der medfører uberettiget modtagelse af EU-støtte.<sup>13</sup> Det forekommer absurd.

<sup>13</sup> Spørgsmålet, om af- eller nedkriminalisering har betydning for en sanktions grad af bebrejdelse, var i øvrigt bragt på bane i sagen Öztürk ved Menneskerettighedsdomstolen (Öztürk v. Germany, Application No. 8544/79, dom af 21. februar 1984). Tyskland gjorde gældende, at den pågældende sanktion (Geldbuße) var udtryk for en mindre grad af bebrejdelse, og at indførelse af denne type sanktion ved en reform af det tyske straffesys-

Det bør tilføjes, at sanktionerne er konstrueret på en måde, så de ligner straf. De medfører ikke blot en tilbageregulering til den situation, som gjaldt før lovovertrædelsen, altså tilbagebetaling af støtten. De påfører borgeren et ekstra onde. Det er oven i købet et onde, som reguleres proportionalt med overtrædelsens grovhed, ikke bare for så vidt angår størrelsen af den uberettiget modtagne støtte, men for så vidt angår gerningspersonens skyld/tilregnelser. Hvis der er handlet uagtsomt (eller fejlen er hændelig), så udgør sanktionen 50 % af støtten, mens sanktionen udgør 200 % af støtten, hvis der er handlet forsætligt. Det er svært at se andre formål med denne proportionalitet end ønsket om at udtrykke forskellige *grader af bebrejdelse*.

Samlet forekommer det derfor efter min mening skizofrent at hævde, at sanktionerne ikke er udtryk for bebrejdelse. Myndigheder kan ikke pålægge borgerne den slags indgribende sanktioner, foranlediget af en lovovertrædelse og udregnet efter overtrædelsens grovhed, uden at det er forbundet med en eller anden form for bebrejdelse. Jeg har endog svært ved at se, at de skulle være *mindre* bebrejdende end danske bødeforlæg af samme størrelsesorden og idømt for samme grad af skyld.

### 5.3. Fortrængning af danske straffe

I det hele taget kommer det forhold, at sanktionerne har fortrængt anvendelsen af danske bødestrafte, *ikke* frem i sagen. Formentlig fordi konkursboet ikke har været klar over dette, og fordi Ministeriet ikke har villet eller har haft anledning til at gøre opmærksom på dette. Det er dog principielt ganske vigtigt og stiller sagen i et særligt lys. Fortrængningen ændrer nemlig retstilstanden på yderligere et par punkter.

For det første er det nu ikke længere den danske lovgiver og danske domstole, der bestemmer straffens strenghed for de pågældende lovovertrædelser. Det er EU-kommissionen, for sanktionernes størrelse er detaljeret og præcist beskrevet i forordningerne, som vedtages efter procedurer, hvori medlemslandene kun har ganske begrænsede muligheder for at modsætte sig forslag fra Kommissionen.<sup>14</sup>

For det andet medfører sanktionernes fortrængning af danske bødestrafte en risiko for forringelse af borgernes processuelle garantier: Hvis sanktionerne ikke er straffe eller strafferetlige, så finder de strafferetlige retsgarantier

---

stem var udtryk for ønske om afkriminalisering af mindre overtrædelser. Domstolen fastslog imidlertid, at overtrædelsen er kriminaliseret i de fleste lande, og at (om end reformen af det tyske system måtte anses for en af- eller nedkriminalisering) selv mindre overtrædelser var omfattet af kravene i EMRK art. 6.

<sup>14</sup> *Thomas Elholm*: EU-svig. En studie i dansk strafferet, København, 2002, s. 164 ff.

ikke automatisk anvendelse. Det forringer borgernes retsstilling og/eller gør den uklar. Nærværende sag er et glimrende eksempel på denne uklarhed.

#### **5.4. Forvandlingsstraf**

Ministeriet gjorde under sagen også gældende, at bødestraffe – i modsætning til administrative sanktioner – kan medføre forvandlingsstraf. Det skulle med andre ord være forvandlingsstraffen, som markerer en bødes pønale karakter.

Også dette er et svagt argument. I Danmark idømmes hvert år adskillige bøder over for juridiske personer og fysiske personer på objektivt grundlag (objektivt individualansvar).<sup>15</sup> Disse straffe falder utvivlsomt under legaldefinitionen af »straf« i straffelovens § 31 og er derfor pønale, men de er ikke forbundet med forvandlingsstraf.

#### **5.5. Spørgsmålet om tilregnelser**

Ministeriet gjorde endvidere gældende, at den pågældende sanktion var pålagt som følge af en såkaldt »uregelmæssighed«. Dette begreb er defineret i forordning 2988/95,<sup>16</sup> hvoraf det fremgår, at uregelmæssigheder omfatter såvel hændelige som uagtsomme og forsætlige overtrædelser. Ministeriet hævdede på den baggrund, at sanktionen var pålagt, uden at »det herved er forudsat, at der er handlet uagtsomt eller forsætligt«.

Også dette argument lider af visse svagheder, for den pågældende overtrædelse kan også efter dansk lovgivning straffes, *uanset* om den er hændelig, uagtsom eller forsætlig (jf. bemyndigelseslovens §§ 23 og 26). Det objektive individualansvar i bemyndigelseslovens § 26 gør, at også hændelige forhold efter dansk ret kan straffes med bødestraf. Denne straf er utvivlsomt af pønalt karakter, så hvorfor skulle den administrative EU-sanktion ikke (kunne) være det?

#### **5.6. Erstatning eller straf**

Ministeriet anførte i sagen, at ikke enhver afskrækkende sanktion har strafferetlig karakter, fx tilsigter erstatning i civilretten at være adfærdsregulerende, uden at der dermed er tale om en sanktion af strafferetlig karakter.

Det har Ministeriet for så vidt ret i, men argumentet er forkert i denne sammenhæng. For mens en erstatning er karakteriseret ved at genoprette en skade, så er hele humlen ved de administrative sanktioner, at de indebærer betaling af et beløb, som ligger *ud over* godtgørelse for skade. EU-

<sup>15</sup> På netop dette område – urigtige angivelser om EU-eksportstøtte – findes en sådan hjemmel i bemyndigelseslovens § 26.

<sup>16</sup> Jf. Rådets forordning nr. 2988/95 af 15. december 2006 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser.



sanktionerne er et onde, der pålægges *oven i tilbagebetaling* af den uberettigede støtte. Der er således netop ikke tale om en kompensation eller genopretning, og det er derfor forkert at sammenligne sanktionerne med erstatning.

### 5.7. Stigmatisering

Ministeriet sammenligner i sagen EU-sanktionerne med »konventionalbod med karakter af erstatning«, og nævner i den forbindelse, at EU-sanktionerne mangler det element af »social stigmatisering«, som ofte knytter sig til straf.

Også dette argument er efter min mening svagt. Umiddelbart ovenfor er redegjort for, hvorfor sanktionerne ikke kan sammenlignes med erstatning. De er netop karakteriserede ved at række ud over erstatning og erstatningsbeløbet.

At sanktionerne skulle være udtryk for mindre grad af stigmatisering end bødestrafte, har jeg også svært ved at se. Landmænd, der – i lighed med virksomheder – modtager EU-støtte og pålægges administrative sanktioner, er i dagspressen blevet hængt ud som »svindlere«. <sup>17</sup> Desuden har sanktionerne afløst anvendelsen af danske bødestrafte, uden at en afkriminalisering derved har været tilsigtet. Endvidere er idømmelse af en sanktion et klart udtryk for, at myndighederne anser en lovovertrædelse for begået af den pågældende. Det er ydermere – i en række tilfælde – samfundets eneste måde at reagere over for lovovertrædelser på. Det skulle være mærkeligt, om ikke sanktionerne derfor er forbundet med en vis – ja vel med tilnærmelsesvis samme – stigmatisering, som bødestrafte. Det gælder fx i form af et bødeforelæg fra samme myndighed. Avisoverskrifterne synes at støtte min antagelse om, at sanktionerne opfattes som bøder og er forbundet med en vis stigmatisering.

## 6. Dommen set fra et EMRK-perspektiv

### 6.1. Indledning

Fødevarerministeriet anfører afslutningsvis yderligere et argument, som skulle tale for, at EU-sanktionerne ikke kan sidestilles med straffe eller strafferetlige sanktioner. Ministeriet henviser til, at sanktionerne ifølge svigforordningen, forordning nr. 2988/95, »ikke kan sidestilles med strafferetlige sanktioner«. <sup>18</sup> Denne negative definition af sanktionerne skal ses i sammenhæng med den stærke ideologiske og politiske kamp, som i løbet af de sidste årtier har udspillet sig mellem EU-kommissionen og medlemslandene vedrørende den strafferetlige kompetence. Kommissionen har gentagne gange forsøgt at på-

<sup>17</sup> Se *Thomas Elholm: »Fusk, svig og svindel med EU-støtte«*, i *Ravn og Kruize* (red.): Kriminalistisk Årbog 1999, København, 2000, s. 49 ff.

<sup>18</sup> Art. 5, stk. 2, i Rådets forordning nr. 2988/95 af 18. december 1995 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser. EFT L 321/1.

beråbe sig strafferetlig kompetence inden for EU-samarbejdets 1. søjle. Medlemslandene har afvist dette.<sup>19</sup> Men ved at hævde, at sanktionerne »ikke kan sidestilles strafferetlige sanktioner«, lykkedes det Kommissionen på et tidligt tidspunkt i EF's udvikling at få indført sanktionerne og få EF-domstolens blåstempling heraf.<sup>20</sup>

Formelt set er sanktionerne således ikke straffe. Spørgsmålet er imidlertid, om den formelle definition er tilstrækkelig i denne sammenhæng? Her kommer Menneskerettighedsdomstolens praksis ind i billedet. Domstolen har gang på gang afvist, at medlemslandene skulle kunne definere sig ud af de garantier, som EMRK omgiver straf og strafferet med. Landene skal med andre ord ikke kunne omgå kravene i EMRK ved at kalde en sanktion eller reaktion for noget andet end straf. Det samme bør vel gælde for EU?

Hvorfor – kunne man spørge – skulle Menneskerettighedsdomstolens praksis være relevant i forbindelse med konkurslovens § 98, nr. 2? Svaret er, at der bag bestemmelsen ligger et ønske om, »at bødeansvaret ikke kommer til at påhvile andre end den skyldige selv« (jf. betænkning 423/1966 som citeret ovenfor). Det er et grundlæggende strafferetligt og retsstatsligt princip og ligger derfor op ad EMRK og Menneskerettighedsdomstolens praksis. Domstolen har i en lang række sager<sup>21</sup> analyseret forskellige sanktioners pønale karakter og har i den forbindelse lagt vægt på den pågældende sanktions *materielle* indhold frem for dens *formelle* betegnelse. Det er netop sket for at sikre retsstatslige principper. Menneskerettighedsdomstolen har navnlig lagt vægt på to kriterier: 1) Karakteren af overtrædelsen, og 2) karakteren og strengheden af den pågældende sanktion.<sup>22</sup>

## 6.2. Overtrædelsens karakter

For det første spørgsmål er det efter Menneskerettighedsdomstolens praksis relevant, om andre lande anser de pågældende handlinger for strafbare. Generelt er urigtig angivelse af eksport med deraf følgende uberettiget eksportstøtte strafbart i EU-landene. Det gælder i hvert fald, hvis der forsætligt er afgivet urigtige oplysninger. Hvorvidt også uagtsomme og sågar hændelige forhold er kriminaliseret er umuligt at besvare inden for rammerne af denne artikel, men der er en vis formodning for, at uagtsomme forhold er kriminaliseret i mange lande, mens hændelige forhold – bortset fra Danmark – formentlig

<sup>19</sup> Se *Thomas Elholm*: EU-svig. En studie i dansk strafferet, København, 2002, s. 474 ff.

<sup>20</sup> EF-domstolens dom i sagen C-240/90, Saml. 1992.5383.

<sup>21</sup> Se fx sagen Öztürk (Öztürk v. Germany, Application No. 8544/79, dom af 21. februar 1984), med henvisninger til øvrige domme, og *Thomas Elholm*: EU-svig. En studie i dansk strafferet, København, 2002, s. 432 ff., med henvisninger.

<sup>22</sup> *Thomas Elholm*: EU-svig. En studie i dansk strafferet, København, 2002, s. 439 ff.

meget sjældent er kriminaliseret. Af den konkrete sag fremgår ikke, om de urigtige angivelser var hændelige eller uagtsomme. Dette kriterium peger altså ikke entydigt i den ene eller den anden retning, men da sanktionerne *også* omfatter uagtsomme forhold, er der en vis formodning for, at de dækker forhold, som er kriminaliseret i mange lande. Det tyder vel på en vis pønal karakter.

Menneskerettighedsdomstolen lægger også vægt på, om sanktionen er generelt anvendelig eller gælder en bestemt kreds af personer (om de »potentially [affect] the whole population«<sup>23</sup>). Det er klart, at de pågældende sanktioner kun kan anvendes over for erhvervsdrivende, der eksporterer landbrugsprodukter med EU-støtte, men det begrænser næppe sanktionerne til en bestemt kreds af personer i EMRKs forstand. I så fald skulle sanktioner for overtrædelse af fx sociallovgivningen kunne betegnes ikke-strafferetlige, fordi kun modtagere af socialhjælp kan pålægges disse. Det er næppe hensigten med Menneskerettighedsdomstolens kriterium. Også dette kriterium må derfor – formentlig – anses for opfyldt.

### 6.3. Sanktionens strengthed og karakter

Menneskerettighedsdomstolen lægger endvidere vægt på, om sanktionerne er »punitiv«. Dette synes at være opfyldt, hvis sanktionerne pålægges for en lovovertrædelse, udgør mere end blot erstatning/genopretning samt ikke udelukkende har et præventivt formål/sigte.<sup>24</sup> Jeg har ovenfor redegjort for, at EU-sanktionerne pålægges for lovovertrædelser. Jeg har endvidere redegjort for, at de udgør mere end erstatning eller genopretning. Jeg har også redegjort for, at de rummer et klart element af bebrejdelse. Derfor kan de efter min mening ikke anses for alene at have et præventivt formål. De *må* betragtes som bagudrettede, selv om de *også* har et fremadrettet, præventivt sigte. Midlertidig frakendelse af et kørekort er efter Menneskerettighedsdomstolens praksis et eksempel på en sanktion, som udelukkende har et præventivt sigte,<sup>25</sup> hvorimod betaling af et større beløb for en lovovertrædelse rummer et punitivt

<sup>23</sup> Se fx sagen Weber (Weber v. Switzerland, Application No. 11034/84, dom af 22. maj 1990) punkt 33, og sagen Öztürk (Öztürk v. Germany, Application No. 8544/79, dom af 21. februar 1984), punkt 47 og 53.

<sup>24</sup> Sml. fx præmis 41 i sagen A.P., M.P. og T.P. (A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland Application No. 19958/92, dom af 29. august 1997) med præmis 37 i dommen Escoubet (Escoubet v. Belgium, Application No. 26780/95, dom af 28. oktober 1999). Se i øvrigt fx Bendenoun (Bendenoun v. France, Application No. 12547/86), dom af 24. februar 1994), præmis 47.

<sup>25</sup> Sagen Escoubet (Escoubet v. Belgium, Application No. 26780/95, dom af 28. oktober 1999).

element.<sup>26</sup> Efter min mening er EU-sanktionerne helt klart mest sammenlignelige med sidstnævnte sanktionstype. De pålægges jo også for lovovertrædelser og angår ofte ganske store beløb (i både relative og absolutte tal).

Menneskerettighedsdomstolen lægger som nævnt også vægt på sanktionens strengthed. I strengthed står EU-sanktionerne generelt ikke tilbage for danske bødestrafte,<sup>27</sup> og også sanktionen i nærværende sag på 50 % af den uberettiget modtagne eksportstøtte (svarende til en sanktion på 250.000 kr.) kan næppe anses for ubetydelig. Fødevareministeriet er i sagen inde på, at der ikke er forbundet forvandlingsstraf med sanktionen (se ovenfor om forvandlingsstraf), men nævner dog ikke EMRK i den sammenhæng. Argumentet finder imidlertid en vis støtte i Menneskerettighedsdomstolens praksis. Domstolen lægger nemlig bl.a. vægt på spørgsmålet om forvandlingsstraf, når den vurderer, om en given sanktion er omfattet af retsgarantiene i EMRK art. 6.<sup>28</sup> Det er dog blot et blandt flere kriterier, og Menneskerettighedskommissionen har fx antydnet, at EU's konkurrenceretlige bøder – der ikke er forbundet med forvandlingsstraf – er omfattet af kravene i art. 6.<sup>29</sup>

#### 6.4. En nyere, lignende sag

I gennemgangen ovenfor er henvist til en række EMRK-domme. En forholdsvis ny dom fra Menneskerettighedsdomstolen vedrører en sanktion, som i det væsentlige ligner de her omtalte EU-sanktioner.<sup>30</sup> I sagen brugte den svenske regering en række af de samme argumenter, som Fødevareministeriet i sagen om EU-sanktionerne. Dommen opsummerer Menneskerettighedsdomstolens kriterier nævnt ovenfor og viser, at EU's administrative sanktioner formentlig ville blive anset for strafferetlige i EMRK art. 6's forstand.

Sagen vedrørte den svenske stats pålægning af såkaldt tillægsskat (»skatte-tillægg«) for afgivelse af urigtige oplysninger til brug for skatteansættelsen, og spørgsmålet var, om dette tillæg var omfattet af kravene til strafferetlige

<sup>26</sup> Sagen *Öztürk* (*Öztürk v. Germany*, Application No. 8544/79, dom af 21. februar 1984) punkt 53.

<sup>27</sup> Se gennemgang af dansk retspraksis på området *Thomas Elholm*: EU-svig. En studie i dansk strafferet, København 2002, s. 367 ff.

<sup>28</sup> Se *Vagn Greve*: Træk af den danske strafferet i EF-perspektiv I, almindelig del, København, 1993, s. 14.

<sup>29</sup> Menneskerettighedskommissionen har behandlet en sag om de konkurrenceretlige bøders karakter. Kommissionen afviste ganske vist sagen, men udtaler, at disse bøder formentlig ville falde ind under Menneskerettighedskonventionens art. 6, hvis de blev pålagt af myndigheder i lande, som har tiltrådt Menneskerettighedskonventionen, og ikke af EU. Sagen *M & Co.*, Application No. 13258/87, D.R. 1990, s. 143 f.

<sup>30</sup> *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic* (*Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic v. Sweden*, Application No. 36985/97, dom af 23. juli 2002).

sanktioner i EMRK. Tillægget udgjorde 20 % af den urigtige angivelse, altså væsentligt mindre end de 50 %, som EU-sanktionen i konkursboets sag udgjorde.

Den svenske regering gjorde for det første gældende, at tillægsskat tilhører forvaltningsretten (»administrative law«). Argumentet er parallelt til EU-rettens benævnelse af sanktionerne som »administrative« frem for strafferetlige. Den svenske regering gjorde endvidere gældende, at tillægget ikke var »punitivt«, og anførte hertil en række grunde. For det første blev tillægget pålagt uafhængigt af, om der var udvist skyld (forsæt eller uagtsomhed). Også dette argument er – som det fremgår – fuldstændigt parallelt til Fødevareministeriets argument i sagen om EU-sanktionen. For det andet var formålet med skattetillægget alene beskyttelse af den svenske stats finansielle interesser, dvs. det skulle sikre, at staten fik korrekte oplysninger. Herved havde det alene et præventivt formål, mente regeringen. Endelig – for det tredje – gjorde regeringen gældende, at skattetillægget ikke var forbundet med forvandlingsstraf, og at det i øvrigt ikke varierede efter graden af tilregnelse. Også disse to momenter er helt parallelle til Fødevareministeriets anbringender i sagen om EU-sanktionen.

Vedrørende overtrædelsens karakter noterer Domstolen indledningsvist (præmis 79), at skattemyndighederne havde fastslået urigtige angivelser i skatteindberetningen. Det er en overtrædelse, som i mange lande betragtes som strafbart. Dette forhold er helt parallelt til vor sag om EU-sanktionerne, hvor Fødevareministeriet havde fastslået urigtige angivelser om eksporten.

Herefter noterer Domstolen, at skattetillægget blev pålagt med henvisning til svensk skattelovgivning, som gælder for alle borgere, der betaler skat (»directed towards all persons liable to pay tax in Sweden and not towards a given group with a special status«). På lignende måde pålægges EU-sanktionerne for alle borgere, som modtager EU-eksportstøtte.

Herefter anerkender Domstolen de svenske myndigheders finansielle interesse i at sikre korrekte oplysninger, og den anerkender behovet for trussel om anseelige økonomiske sanktioner for at forhindre lovovertrædelser. Men, siger Domstolen, det forhold, at sanktionerne pålægges uanset tilregnelse, er *ikke* ensbetydende med, at der ikke er tale om strafferetlige sanktioner. Domstolen noterer sig i denne sammenhæng, at skattetillæggene har erstattet tidligere strafferetlige procedurer.

Igen ses tydeligt, hvordan den svenske sag er helt parallel til den danske, dels fordi de administrative sanktioner pålægges uanset tilregnelse, dels fordi sanktionerne har fortrængt anvendelsen af bødestraffe.

Domstolen fastslår endvidere, at skattetillægget ikke kan anses for en erstatning eller kompensation for det finansielle tab, som den svenske stat har

lidt ved de urigtige angivelser, men at formålet er at presse svenskerne til at overholde skattereglerne og straffe lovovertrædelserne. Tillæggene er derfor både præventive og pønale.

Atter synes sagen ganske parallel til den danske sag. EU-sanktionerne overstiger langt EU's tab ved de urigtige angivelser, og de skal tilskynde støttemodtagerne til at afgive rigtige oplysninger til brug for støtteberegningen.

De nævnte elementer er efter Domstolens opfattelse tilstrækkelige til at fastslå, at skattetillæggene efter svensk ret falder under kravene til strafferetlige sanktioner i EMRK art. 6.

## 7. Retspolitiske bemærkninger

De mange og åbenbare ligheder mellem den svenske sag om skattetillæg og den danske sag om eksportstøtte peger efter min mening entydigt i samme retning: Menneskerettighedsdomstolen ville sandsynligvis anse sanktionerne for at have pønalt karakter og dermed omfattes af garantiene i EMRK.<sup>31</sup> Af samme grunde bør sanktionerne så vidt muligt overholde – ikke bare EMRK – men alle væsentlige strafferetlige principper, herunder princippet om, at »bødesansvaret ikke kommer til at påhvile andre end den skyldige selv« (jf. Straffelovrådets udtalelse som citeret ovenfor).<sup>32</sup> Det vil være i overensstemmelse med en retsstatslig tankegang.

Højesterets dom, der efterstiller EU-sanktionerne almindelige fordringer i et konkursbo, fordi sanktionerne har en »klar pønalt karakter«, er en sejr for denne tankegang. Det skyldes ikke blot resultatet, dvs. respekt for det nævnte væsentlige princip, men også fremgangsmåden. Højesteret vurderer jo og lægger vægt på sanktionens materielle indhold (pønalt/ikke-pønalt) frem for dens formelle betegnelse i EU-systemet.

Dommen kan få en vis principiel karakter, hvis domstolene også i fremtiden lægger vægt på sanktionernes materielle indhold, frem for på deres formelle betegnelse, for i mangt og meget ligner sanktionerne straffe (har pønalt karakter), selvom de ikke kaldes straffe i EU-systemet.

På den anden side er dommens rækkevidde begrænset, fordi den vedrører fortolkningen af konkurslovens § 98, nr. 2. Den konkrete konkursretlige karakter af dommen betyder, at den ikke uden videre kan tages til indtægt for, at EU-sanktionerne må og skal sidestilles med straf eller strafferetlige sanktioner i relation til andre retlige spørgsmål. Det kunne fx være i relation til an-

<sup>31</sup> Før denne dom har spørgsmålet været indgående analyseret i *Petter Asp: EG's sanktionsrett. Ett straffrätligt perspektiv*, Uppsala, 1998, s. 316 ff. Se tillige *Thomas Elholm, EU-svig. En studie i dansk strafferet*, København 2002, s. 432 ff.

<sup>32</sup> Princippet er i øvrigt givet udtryk i straffelovens § 50, stk. 3, hvorefter den »bødefældte [ikke kan] kræve bøden betalt eller erstattet af andre«.

vendelse af andre strafferetlige retsgarantier som »in dubio pro reo« eller »ne bis in idem«. Om sanktionerne generelt kan sidestilles med strafferetlige sanktioner, afhænger af en række andre faktorer, herunder af EU-rettens regler for anvendelse af de pågældende sanktioner. Disse regler lægger desværre ikke op til, at de strafferetlige retsgarantier uden videre skal finde anvendelse. Heri ligger en potentiel konflikt mellem EU- og EMRK-systemet. Dermed er der kridtet op for nye, spændende retssager vedrørende EU-rettens byrdefulde administrative sanktioner.

# Periodeopgørelser i skatteretten

af

*Inge Langhave Jeppesen og Susanne Pedersen*

## 1. Indledning

Det grundlæggende princip i dansk skatteret er, at den skattepligtige indkomst opgøres som »den skattepligtiges samlede *årsindtægter* ...«, jf. statskattelovens § 4. Det vil sige, at indkomsten skal opgøres for en 12-måneders periode. Af kildeskattelovens § 22 og selskabsskattelovens § 10, stk. 1 fremgår det, at den skattepligtige indkomst opgøres på grundlag af indkomsten i indkomståret, der som udgangspunkt er kalenderåret.

Såvel fysiske personer som selskaber mv. kan dog have et indkomstår, der afviger fra kalenderåret. Fysiske personer, der er selvstændige erhvervsdrivende, og selskaber mv. kan vælge at have et indkomstår, der afviger fra kalenderåret, jf. kildeskattelovens § 22 og selskabsskattelovens § 10, stk. 1, 3. pkt. Et indkomstår, der afviger fra kalenderåret, ændrer imidlertid ikke på, at indkomståret som udgangspunkt skal udgøre en 12-måneders periode.

Der kan dog indtræffe omstændigheder af forskellig art hos den skattepligtige, der medfører, at den skattepligtige indkomst skal opgøres for en periode på enten mere eller mindre end 12 måneder. Det vil medføre et behov for udarbejdelse af en indkomstopgørelse for denne afvigende periode – en såkaldt periodeopgørelse. Det er disse periodeopgørelser, der er emnet for denne artikel.

Vi vil med udgangspunkt i omstændigheder som indtræden/ophør af fysiske personers skattepligt, fysiske personers og selskabers omlægning af indkomstår, fysiske personers og selskabers konkurs, fysiske personers død samt selskabers likvidation og sambeskatning beskrive, i hvilken udstrækning disse omstændigheder fordrer en periodeopgørelse, og hvilket formål periodeopgørelsen tjener. Beskrivelsen vil ikke indeholde en egentlig gennemgang af reglerne for opgørelsen af indkomsten i periodeopgørelsen. Artiklen prætenderer ikke at være en udtømmende beskrivelse af periodeopgørelser i skatteretten, idet hensigten alene er at give et overblik over bestemmelserne om periodeopgørelser i relation til ovennævnte indtrufne omstændigheder.



## 2. Indtræden og ophør af fysiske personers skattepligt

### 2.1. Indtræden og ophør af ubegrænset skattepligt

I personskattelovens § 14, stk. 1 findes en regel, hvorefter der skal ske omregning af skattepligtig indkomst, personlig indkomst og kapitalindkomst, såfremt den ubegrænsede skattepligt efter kildeskattelovens § 1 i løbet af indkomståret enten indtræder eller ophører.

Da fysiske personer normalt ikke flytter til eller fra Danmark, således at den ubegrænsede skattepligt til Danmark indtræder eller ophører ved begyndelsen eller udgangen af et indkomstår, vil den del af indkomståret, hvor personen er ubegrænset skattepligtig til Danmark i til-/fracflytningsåret, typisk omfatte en periode på mindre end 12 måneder. Der skal således udarbejdes en periodeopgørelse for den del af indkomståret, hvor den skattepligtige er underlagt ubegrænset skattepligt her til landet. Den ubegrænsede skattepligt omfatter alene indkomster, der kan henføres til denne skattepligtsperiode. Da beskattningen af de i bestemmelsen anførte indkomster imidlertid er progressiv, skal der ske omregning til helårsindkomst. Formålet hermed er at sikre progressionen i beskattningen i det indkomstår, hvori den ubegrænsede skattepligt til Danmark indtræder eller ophører. Beskattningen i relation til progressionen bliver således, som hvis der havde været skattepligt til Danmark i hele indkomståret. Det skal med andre ord ikke være muligt at planlægge sit ind- eller udrejsetidspunkt således, at indkomsten i den del af indkomståret, hvor man er skattepligtig her til landet, ikke overstiger beløbsgrænsen for betaling af fx mellemskat eller topskat.

Omregningen sker teknisk på den måde, at man først opgør delårsindkomsten for henholdsvis personlig indkomst, kapitalindkomst og skattepligtig indkomst. Det vil sige den skattepligtiges faktiske indkomster i skattepligtsperioden. Derefter omregnes delårsindkomsterne til helårsindkomster ved at gange indkomsterne med 365 dage/12 måneder og dividere med antal dage/antal måneder, som man er skattepligtig. På grundlag af de omregnede helårsindkomster beregnes helårsskatten, hvorefter delårsskatten opgøres ved at nedsætte helårsskatten efter forholdet mellem delårsbeløbene og helårsbeløbene.<sup>1</sup> Engangsindtægter, som fx en indkomstskattepligtig gave eller engangsudgifter, som fx kapitalindskud på en rente-/rate-forsikringsordning indgår ikke i omregningen til helårsindkomst, idet disse alene skal indregnes i indkomstopgørelsen med det faktiske beløb. Det bliver således afgørende, om engangsindtægter eller engangsudgifter er erhvervet eller afholdt i eller uden

<sup>1</sup> Der findes et eksempel på denne beregning i cirkulære nr. 129 af 4. juli 1994 til personskatteloven pkt. 18, og to mere ajourførte eksempler i Skattekartoteket afsnit 10.6, Magnus Informatik.

for skattepligtsperioden, idet alene engangsindtægter og -udgifter, der vedrører skattepligtsperioden, skal medregnes i periodeopgørelsen.

Hvis den ubegrænsede skattepligt til Danmark ophører for personer, der anvender forskudt regnskabsår, findes reglerne om den afsluttende ansættelse og omregning til helårsindkomst i kildeskattelovens afsnit X (§§ 90-96 og 98-100), jf. også afsnit 3 nedenfor.

Det har imidlertid vist sig, at omregning til helårsindkomst efter personskattelovens § 14, stk. 1 kan være uhensigtsmæssig, således at den skattepligtige kan risikere at blive beskattet hårdere i til-/raflytningsåret, end hvis personen var skattepligtig her i landet hele indkomståret. Dette var bl.a. tilfældet i TfS 2002.280 LSR, hvor Landsskatteretten fandt, at selvom den skattepligtige alene var ubegrænset skattepligtig i en del af indkomståret, og dermed omfattet af personkredsen i personskattelovens § 14, skulle der ikke ske omregning til helårsindkomst. Omregning til helårsindkomst ville i dette tilfælde stille den skattepligtige ringere end en person, der havde erhvervet tilsvarende indkomst, men blot var ubegrænset skattepligtig til Danmark i hele indkomståret. Landsskatteretten nævner i afgørelsen, at selvom EF-Domstolen ikke principielt har afvist hensynet til progressionsbeskatningen hverken generelt eller i dommen af 8. maj 1980 i sagen C-175/88 (Biehl), skal der ikke ske omregning til helårsindkomst i den konkrete situation, da omregningen til helårsindkomst ikke findes at kunne retfærdiggøres af hensynet til progressionsbeskatningen, idet dette hensyn kan opnås ved mindre indgribende midler.<sup>2</sup>

På baggrund af denne afgørelse, og da Skatteministeriet var blevet i tvivl, om beskatningen af en person foretaget under hensyn til en teoretisk beregnet helårsindkomst var i strid med EU-retten<sup>3</sup>, hvis denne indkomst afveg væsentligt fra den pågældendes faktiske indkomst for det pågældende år, blev der ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 indsat en ny bestemmelse i personskattelovens § 14. En fysisk person kan herefter *vælge*, at der ikke skal ske omregning til helårsindkomst efter stk. 1, jf. personskattelovens § 14, stk. 2, 1. pkt.<sup>4</sup> I så fald skal den fysiske person opgøre sin skattepligtige indkomst, personlige indkomst og kapitalindkomst i det indkomstår, hvori skattepligten indtræder eller ophører, som om vedkommende var skattepligtig efter kilde-

<sup>2</sup> Tilsvarende resultat nåede Landsskatteretten frem til i TfS 2004.522 LSR, som vedrørte indkomst i indkomståret 2000. TfS 2004.522 LSR er fra den 3. maj 2004. Det vil sige efter vedtagelse af lov nr. 221 af 31. marts 2004, hvorfor denne afgørelse ikke er omtalt i lovforslag nr. L 119 (se note 4) i modsætning til TfS 2002.280 LSR.

<sup>3</sup> Navnlige traktatens art. 39 om arbejdskraftens frie bevægelighed.

<sup>4</sup> Jf. de generelle bemærkninger pkt. 2.6. og bemærkningerne til lovforslagets § 9 i lovforslag nr. L 119 af 17. december 2003, FT 2003/2004.

skattelovens § 1 i hele indkomståret. For at vedkommende alene beskattes her i landet af indkomst, der vedrører skattepligtsperioden, nedsættes den samlede indkomstskat med det beløb, som forholdsmæssigt falder på den del af indkomsten, som vedrører den periode, hvor personen ikke er skattepligtig her til landet, jf. personskattelovens § 14, stk. 2, 2. pkt. Denne valgmulighed har haft virkning fra indkomståret 2004.<sup>5</sup>

## 2.2. Indtræden og ophør af begrænset skattepligt

En fysisk person, der er begrænset skattepligtig til Danmark efter kildeskattelovens § 2 stk. 1, nr. 1 og 9-13 eller stk. 2, 1.-3. pkt., skal – hvis indkomstansættelsen omfatter en kortere periode end ét år – omregne den skattepligtige indkomst, den personlige indkomst og kapitalindkomsten til helårsindkomst, såfremt den skattepligtige vælger at få de beregnede skatter nedsat med skatteværdien af et personfradrag efter personskattelovens § 10, stk. 6, jf. personskattelovens § 14, stk. 3.<sup>6</sup> I det indkomstår, hvor den begrænsede skattepligt indtræder eller ophører, hænger spørgsmålet om omregning til helårsindkomst sammen med den skattepligtiges valg af personfradrag efter person-

<sup>5</sup> Valget skal træffes i forbindelse med indgivelse af selvangivelse for det indkomstår, hvori skattepligten indtræder eller ophører. Det må antages, at valget af beregning af delårs-skatten på grundlag af en omregnet helårsindkomst eller på grundlag af den faktiske indkomst først skal træffes ved indgivelse af selvangivelse for det indkomstår, hvori skattepligten indtræder, selvom det i personskattelovens § 14, stk. 2, 4. pkt. alene er nævnt som tidspunktet for valg, hvor skattepligten ophører. Valget kan endvidere omgøres, hvis der sker tilkendegivelse herom til SKAT senest den 30. juni i det andet kalenderår efter udløbet af det pågældende indkomstår (skattelovgivningens almindelige omgørelsesfrist), jf. personskattelovens § 14, stk. 2, sidste pkt. Dette omvalg må tillige antages at gælde ved såvel indtræden som ophør af skattepligt.

<sup>6</sup> Denne bestemmelse blev indsat ved lov nr. 560 af 7. juni 2006 (lovforslag nr. L 206 af 29. marts 2006, FT 2005/2006). Man havde ellers ved ændringen af personskattelovens § 14 ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 vedtaget, at omregning til helårsindkomst ikke længere skulle gælde for begrænset skattepligtige personer, da man i samme forbindelse ophævede muligheden for at få nedsat de beregnede skatter med skatteværdien af personfradrag for disse personer, såfremt indkomstansættelsen omfattede en kortere periode end et år. Men da man i 2006 valgte at genindføre begrænset skattepligtiges mulighed for at vælge at få skatterne nedsat med skatteværdien af personfradraget, hvis indkomstansættelsen omfattede en kortere periode end et år, skulle det tilsvarende medføre, at der skulle ske omregning til helårsindkomst efter personskattelovens § 14, stk. 3, da personfradraget er en integreret del af progressionsbeskatningen i personskatteloven. I afsnit 3.2.2 i de generelle bemærkninger til lovforslag nr. L 206 anføres således: »Hvis man blot genindførte personfradraget uden samtidig at genindføre helårsomregningen, ville udenlandsk bosatte personer, som kun arbejder i Danmark i en kort periode, og som derfor kun har en lav dansk indkomst, slet ikke skulle betale dansk skat eller alene skulle betale et beskedent beløb i dansk skat, hvilket ville stille dem bedre end dansk bosatte arbejdstagere.«

skattelovens § 10, stk. 6. Valget af personfradrag – og dermed også valget af, om der skal ske omregning til helårsindkomst – for et indkomstår skal træffes senest den 1. juli i året efter det indkomstår, hvor den begrænsede skattepligt indtræder eller ophører. Det vil sige inden for selvangivelsesfristen.<sup>7 8</sup>

### 2.3. Ophør af skattepligt ved forskudt indkomstår

Som det fremgår af afsnit 3 nedenfor, kan fysiske personer, der er erhvervsdrivende, have et indkomstår, der er forskudt i forhold til kalenderåret. Indkomståret kan enten være bagudforskudt<sup>9</sup> eller fremadforskudt<sup>10</sup> i forhold til kalenderåret. I kildeskattelovens afsnit X findes der i §§ 90-96 og 98-100 regler for den afsluttende ansættelse i forbindelse med ophør af ubegrænset og begrænset skattepligt. Reglerne skal dels sikre progressionen i beskatningen, dels sikre at der betales skat af en 12-måneders periode, jf. det grundlæggende princip i statsskattelovens § 4.<sup>11</sup>

#### 2.3.1. Bagudforskudt indkomstår

Når skattepligten ophører for en person, som anvender bagudforskudt indkomstår, skal opgørelsen af den skattepligtige indkomst, personlige indkomst og kapitalindkomst ske efter reglerne i kildeskattelovens §§ 92-95, jf. kildeskattelovens § 91.

Ophører skattepligten *før den 1. januar* i det forskudte indkomstår, foretages den afsluttende ansættelse på grundlag af indkomsten i den periode, der løber fra begyndelsen af det sidst afsluttede forskudte indkomstår til datoen for skattepligtens ophør, jf. kildeskattelovens § 92.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Valget kan omgøres senest den 30. juni i det andet kalenderår efter indkomstårets udløb (skattelovgivningens almindelige omgørelsesfrist), jf. personskattelovens § 10, stk. 6.

<sup>8</sup> Bestemmelsen om valg af personfradrag i 1. pkt. finder dog ikke anvendelse i det omfang, de skattepligtige indtægter beskattes efter § 9, stk. 1 i lov om beskatning af søfolk, eller på personer, der ansøger om opholdstilladelse efter udlændingelovens § 7, jf. personskattelovens § 10, stk. 6, 4. og 5. pkt.

<sup>9</sup> Et bagudforskudt indkomstår kan *tidligst* begynde den 1. marts i kalenderåret forud for det kalenderår, som det bagudforskudte indkomstår træder i stedet for, jf. kildeskattelovens § 22, stk. 1, 6. pkt.

<sup>10</sup> Et fremadforskudt indkomstår kan *senest* begynde den 1. februar i det kalenderår, som det fremadforskudte indkomstår træder i stedet for.

<sup>11</sup> Der kan endvidere henvises til *Tom Ancher og Henrik Landts: Forskudt indkomstår*, afsnit 6 og 7, Artikel S.6 i Skatte Orientering fra maj 1990.

<sup>12</sup> En skatteyder har et bagudforskudt indkomstår, der løber fra den 1. juli til den 30. juni. Skattepligten ophører den 1. november 2007. Den periode, der skal lægges til grund ved den afsluttende indkomstansættelse, løber fra den 1. juli 2006 til den 1. november 2007 – det vil sige i alt 16 måneder.

Ophører skattepligten *den 1. januar eller senere* i det forskudte indkomstår, foretages den afsluttende ansættelse på grundlag af indkomsten i perioden fra slutningen af det sidst afsluttede forskudte indkomstår til datoen for skattepligtens ophør, jf. kildeskattelovens § 93.<sup>13</sup>

Når indkomsten for den afsluttende periode er opgjort, skal den omregnes således, at den kommer til at svare til et helt års indkomst (helårsindkomsten). Derudover skal der foretages en omregning af indkomsten, således at den kommer til at svare til perioden fra den 1. januar i det kalenderår, hvori skattepligten er ophørt, og til datoen for skattepligtens ophør (delårsindkomsten). Omregningen foretages særskilt for såvel den skattepligtige indkomst, personlige indkomst og kapitalindkomsten. Jf. i det hele kildeskattelovens § 94, stk. 1. Herefter beregnes bundskat, mellemskat og topskat efter personskatteloven på grundlag af helårsindkomsten. Af de beregnede skatter betales så stor en del, som svarer til forholdet mellem delårsindkomsten og helårsindkomsten.<sup>14</sup> Jf. i det hele kildeskattelovens § 94, stk. 2. Indkomstansættelsen og skatteberegningen foretages efter de regler, der gælder for det kalenderår, hvori skattepligten er ophørt, jf. kildeskattelovens § 98, stk. 1.

Såfremt der i opgørelsen af indkomsterne i den afsluttende periode indgår indtægter eller udgifter, der ikke hører til den normale løbende indkomst, ses der ved beregningen af helårs- og delårsindkomsterne bort herfra. Sådanne engangsindtægter eller -udgifter tillægges og fradrages i de beregnede helårs- og delårsindkomster. Jf. i det hele kildeskattelovens § 95, stk. 1 og 2.

### 2.3.2. Fremadforskudt indkomstår

Når skattepligten ophører for en person, som anvender et fremadforskudt indkomstår, opgøres den skattepligtige indkomst, personlige indkomst og kapitalindkomsten samt skatteberegningen efter de ovennævnte regler i kildeskattelovens §§ 93-95, jf. kildeskattelovens § 96, stk. 1. Indkomsten i den afsluttende periode opgøres fra slutningen af det sidst afsluttede forskudte indkomstår til datoen for skattepligtens ophør.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> En skatteyder har et bagudforskudt indkomstår, der løber fra den 1. juli til den 30. juni. Skattepligten ophører den 1. april 2007. Den periode, der skal lægges til grund ved den afsluttende ansættelse, løber fra den 1. juli 2006 til den 1. april 2007 – det vil sige i alt 9 måneder.

<sup>14</sup> Se eksempler på beregning af helårs- og delårsindkomst samt skatteberegninger ved skattepligtsophør ved bagudforskudt indkomstår i cirkulære nr. 135 af 4. november 1988 til kildeskatteloven pkt. 138-139.

<sup>15</sup> En skatteyder har et fremadforskudt indkomstår fra den 1. februar til den 31. januar. Skattepligten ophører den 1. september 2007. Den periode, der skal lægges til grund ved den afsluttende ansættelse, løber fra den 1. februar 2007 til den 1. september 2007 – det vil sige i alt 6 måneder.

Ophører skattepligten *inden den 1. januar* i det forskudte indkomstår, skal der ske omregning til helårs- og delårsbeløb samt skatteberegning på samme måde som ved de ovennævnte regler ved bagudforskudt indkomstår. Det får den konsekvens, at der ved beregningen af skatten for den afsluttende periode skal betales skat svarende til delårsperioden (det vil sige 7 måneder – fra den 1. januar til den 1. september, jf. eksemplet i note 14), selvom helårsindkomsten alene vedrører perioden fra den 1. februar til den 1. september (6 måneder).<sup>16</sup>

Ophører skattepligten imidlertid *den 1. januar eller senere* i det forskudte indkomstår, skal der beregnes skat af helårsindkomsterne for såvel det kalenderår, som det forskudte indkomstår træder i stedet for, som for det kalenderår, hvori skattepligten ophører.<sup>17</sup> For hvert år beregnes skatten efter de regler, der gælder for de pågældende kalenderår, jf. kildeskattelovens § 98, stk. 2. For kalenderåret forud for det år, hvori skattepligten ophører, skal der således betales et helt års skat af de opgjorte helårsindkomster. For det kalenderår, hvori skattepligten ophører, betales den del af helårsskatterne, som svarer til forholdet mellem den del af kalenderåret, hvor personen er skattepligtig, og hele kalenderåret.<sup>18</sup> Jf. i det hele kildeskattelovens § 96, stk. 2.

### 3. Fysiske personers omlægning af indkomstår

Udgangspunktet for fysiske personer er, at den skattepligtige indkomst skal opgøres på grundlag af indkomsten i indkomståret, der udgøres af kalenderåret, jf. kildeskattelovens § 22, stk. 1, 1. og 2. pkt. En selvstændig erhvervsdrivende kan dog efter stk. 2 *vælge* et andet indkomstår end kalenderåret (forskudt indkomstår), jf. kildeskattelovens § 22, stk. 1, 4. pkt.

Ved lov nr. 509 af 7. juni 2006 skete der en objektivering af reglerne om fysiske personers mulighed for at have et indkomstår, der er forskudt i for-

<sup>16</sup> Se eksempel 5 i cirkulære nr. 135 af 4. november 1988 til kildeskatteloven pkt. 140.

<sup>17</sup> En skatteyder har et fremadforskudt indkomstår, der løber fra den 1. februar til den 31. januar. Skattepligten ophører den 10. januar 2007. Den periode, der skal lægges til grund ved den afsluttende ansættelse, løber fra den 1. februar 2006 til den 10. januar 2007 – det vil sige 344 dage.

<sup>18</sup> Det betyder under henvisning til eksemplet i note 17, at der for 2006 skal ske omregning til helårsindkomst og beregning af helårsskat (efter reglerne for indkomståret 2006) af indkomsten i perioden fra den 1. februar 2006 til den 10. januar 2007 – det vil sige 365/344 dage. For 2007 skal der ske omregning til helårsindkomst og beregning af en tilhørende helårsskat (efter reglerne for indkomståret 2007) på grundlag af indkomst i perioden fra den 1. februar 2006 til den 10. januar 2007. Skatten for perioden fra den 1. januar 2007 til den 10. januar 2007 udgør herefter 10/365 dage af den således beregnede helårsskat. Se eksempel 6 i cirkulære nr. 135 af 4. november 1988 til kildeskatteloven pkt. 140.

hold til kalenderåret. Hidtil skulle fysiske personer have tilladelse fra SKAT til at have et indkomstår afvigende fra kalenderåret. Med de nye regler i kildeskattelovens § 22, stk. 2 og 3 har selvstændige erhvervsdrivende nu samme mulighed som selskaber for enten at vælge et indkomstår, der afviger fra kalenderåret, såfremt de objektive kriterier i stk. 2 er opfyldt,<sup>19</sup> eller efter opnået tilladelse hertil, jf. stk. 3.<sup>20</sup> Reglerne svarer i det store og hele til de regler, der gælder for selskaber i henhold til selskabsskattelovens § 10, stk. 2. Der henvises til afsnit 6.1. for en nærmere beskrivelse heraf. I modsætning til reglerne om selskabers omlægning af indkomstår i selskabsskattelovens § 10, stk. 2, er det for selvstændige erhvervsdrivende et krav, at et forskudt indkomstår skal begynde den første i en måned, jf. kildeskattelovens § 22, stk. 2, 3. pkt.

For lønmodtagere og andre, som ikke er selvstændige erhvervsdrivende, er indkomståret dog fortsat som altovervejende hovedregel kalenderåret. Hvis den pågældende er gift og samlevende med en selvstændig erhvervsdrivende, der har valgt at have et forskudt indkomstår, skal ægtefællerne dog anvende det samme indkomstår – det vil sige det forskudte indkomstår, jf. kildeskattelovens § 22, stk. 2, sidste pkt. Hvis ægtefællernes indkomstår ikke er sammenfaldende ved ægteskabets indgåelse, skal en af ægtefællerne ændre sit indkomstår, så det bliver sammenfaldende med den anden ægtefælles indkomstår, jf. kildeskattelovens § 99, stk. 2, 1. pkt.

Indkomsten i et forskudt indkomstår skal opgøres efter de regler, der gælder for det kalenderår, som det forskudte indkomstår træder i stedet for, jf. kildeskattelovens § 22, stk. 1, 5. pkt. Et forskudt indkomstår kan være enten bagudforskudt eller fremadforskudt i forhold til kalenderåret.<sup>21</sup>

I forbindelse med omlægning af et indkomstår fra kalenderår til et forskudt indkomstår eller omlægning fra et forskudt indkomstår til et kalenderår,<sup>22</sup> vil der i omlægningsåret kunne opstå indkomstperioder på mere eller mindre end 12 måneder. Ved omlægning til et fremadforskudt indkomstår vil indkomst-

<sup>19</sup> Forhold, der kan begrunde et forskudt indkomstår, er hensyn til sæson, brancheændring, personaleferie eller nye forretningsforbindelser.

<sup>20</sup> Ved omlægning af indkomstår skal der gives meddelelse til SKAT inden udløbet af det indkomstår, der ønskes omlagt, jf. kildeskattelovens § 22, stk. 2, 4. pkt. Omlægningen af et indkomstår kan dog kun ske, såfremt alle indkomstperioder kommer til beskættning, og såfremt intet indkomstår overspringes eller dubleres, jf. kildeskattelovens § 22, stk. 2, 2. pkt.

<sup>21</sup> Nærmere om begyndelsestidspunktet for henholdsvis et bagudforskudt og et fremadforskudt indkomstår, se kildeskattelovens § 22, stk. 1, 6. og 7. pkt. samt note 9 og 10.

<sup>22</sup> Da forskudt indkomstår kun kan anvendes af selvstændigt erhvervsdrivende, må det betyde, at den skattepligtige skal omlægge sit indkomstår til kalenderår, når vedkommende ophører med at drive selvstændig erhvervsvirksomhed.

perioden i omlægningsåret blive på 13 måneder,<sup>23</sup> og ved omlægning til bagudforskuet indkomstår vil den del af omlægningsåret, som ikke skal henføres til det forskudte indkomstår, udgøre en indkomstperiode på mindre end 12 måneder.<sup>24</sup> Som nævnt ændrer dette ikke ved det grundlæggende princip, at indkomsten skal opgøres således, at den kommer til at svare til et helt års indkomst for at sikre progressionen i beskatningen.

I kildeskattelovens afsnit X (§§ 90-96 og 98-100) findes der således regler for indkomstopgørelse og skatteberegning i forbindelse med forskudt indkomstår, jf. afsnit 2.3 ovenfor. Selv om de nævnte bestemmelser i kildeskattelovens afsnit X først og fremmest i kraft af deres ordlyd tager sigte på den situation, hvor skattepligten for en person ophører, er det i praksis antaget, at de også indeholder hjemmel til omregning til helårsindkomst i andre situationer, herunder i forbindelse med indkomstopgørelse og skatteberegning i omlægningsår i forbindelse med valg af forskudt indkomstår eller i forbindelse med omlægning fra forskudt indkomstår til kalenderår.<sup>25 26</sup>

#### 4. Fysiske personers og selskabers konkurs

I konkursskatteloven findes reglerne for, hvorledes den konkursramte stilles skattemæssigt, når der indtræder en konkurs.

Ved et selskabs konkurs er selskabet skattesubjekt for den under konkursboet inddragne formuemasse, hvorimod en fysisk person fortsat vil være skattesubjekt for den under konkursboet inddragne formuemasse, selvom den fysiske person er frataget rådigheden over denne formuemasse.<sup>27</sup>

Konkursskatteloven bygger på en forudsætning om, at der ikke vil være indkomst i konkursboet, der kan komme til beskatning, og hvis der skulle være en indkomst, vil det ikke være sandsynligt, at der vil være midler til dækning af skatten heraf. Udgangspunktet er derfor, at en eventuel indkomst un-

<sup>23</sup> Ved omlægning til et fremadforskuet indkomstår, der løber fra den 1. februar til den 31. januar i indkomståret 2007, vil omlægningsperioden omfatte perioden fra den 1. januar 2007 til den 31. januar 2008 – det vil sige i alt 13 måneder.

<sup>24</sup> Ved omlægning til et bagudforskuet indkomstår, der løber fra den 1. juli til den 30. juni i indkomståret 2007, vil omlægningsperioden omfatte perioden fra den 1. januar til den 30. juni 2007 – det vil sige 6 måneder.

<sup>25</sup> Jf. sidste del af skatteministeriets svar på spørgsmål 2 stillet af en landbrugskonsulent offentliggjort i TfS 2006.868.

<sup>26</sup> Det burde i bestemmelserne i kildeskattelovens afsnit X præciseres, at disse regler også finder anvendelse i omlægningsår ved omlægning af indkomstår til/fra et forskudt indkomstår og ikke kun i tilfælde, hvor en persons skattepligt ophører som følge af fraflytning eller betingelserne i kildeskattelovens § 2 ikke længere er til stede samt som følge af død.

<sup>27</sup> Jf. for eksempel Aage Michelsen m.fl., Lærebog om indkomstskat, 11. udgave, s. 1065.



der konkursen ikke er skattepligtig, medmindre skattemyndighederne træffer beslutning herom, jf. konkursskattelovens § 2 (selskaber mv.) § 6 (fysiske personer) og § 13 A (dødsboer).

Skattemyndighedernes beslutningsgrundlag ved afgørelsen af, om konkursindkomsten skal være skattepligtig, er dels de oplysninger, som de måtte have i forvejen om den skattepligtige,<sup>28</sup> dels genpart af statusoversigt og redegørelse, der skal udarbejdes i henhold til konkurslovens § 125, stk. 2, og som bostyret er forpligtet til at indsende til skattemyndighederne, jf. konkursskattelovens § 15, stk. 1.

Der kan kun træffes beslutning om skattepligt, såfremt det skønnes, at konkursindkomsten opgjort efter fradrag af tidligere indkomstårs underskud vil overstige 100.000 kr., jf. konkursskattelovens § 14, 1. pkt. Det vil sige, at SKAT på baggrund af de foreliggende oplysninger skal beregne en forventet indkomst for hele konkursperioden,<sup>29</sup> som skal overstige det skattefrie bundfradrag på 100.000 kr. Selvom der skulle være en forventning om, at konkursindkomsten vil overstige 100.000 kr., vil SKAT kunne undlade at træffe beslutning om skattepligt, hvis det må antages, at kun en mindre del af skatten kan inddrives, jf. konkursskattelovens § 14, 2. pkt. SKAT skal således også vurdere, om der ved konkursens slutning er udsigt til at være dækning til boets simple krav, idet skatten af konkursindkomsten alene har stilling som simpel fordring efter konkurslovens § 97. Endelig vil konkursboet som udgangspunkt kun blive skattepligtigt, såfremt SKAT træffer beslutning herom senest 3 måneder efter modtagelsen af oplysningerne i henhold til konkurslovens § 125, stk. 2. SKAT vil dog kunne træffe beslutning om skattepligt efter denne frist, såfremt der tilgår boet et aktiv, som enten ikke var nævnt i bostyrets oplysninger efter konkurslovens § 125, stk. 2, eller hvis tilhører til boet måtte anses for usikker eller omstridt, jf. konkursskattelovens § 15, stk. 3, 1. pkt. Det påhviler bostyret at give SKAT meddelelse om sådanne ændringer, og fra modtagelsen af denne meddelelse har SKAT fire uger til at træffe en efterfølgende beslutning om skattepligt, jf. konkursskattelovens § 15, 2. og 3. pkt.

Da konkursdekret kan afsiges på et hvilket som helst tidspunkt i løbet af et indkomstår, er det spørgsmålet, om der skal udarbejdes periodeopgørelser i det indkomstår, hvori konkursen indtræder (konkursdekretets afsigelse) og i det indkomstår, hvori konkursen afsluttes.

Ved indtræden af konkurs er det besluttet, at der ikke skal udarbejdes særlige periodeopgørelser dels for perioden fra indkomstårets begyndelse og ind-

<sup>28</sup> Det vil sige tidligere indkomstårs regnskaber og selvangivelser.

<sup>29</sup> Konkursperioden bruges som betegnelse for perioden fra konkursdekretets afsigelse og indtil konkursens slutning.

til konkursdekretets afsigelse, dels for den resterende del af indkomståret efter afsigelse af konkursdekret. For selskaber mv. omfatter konkursindkomsten selskabets indtægter og udgifter *fra begyndelsen af det indkomstår, hvori konkursdekretet afsiges*, og indtil konkursdekretets afsigelse samt konkursboets indkomst indtil konkursens slutning, jf. konkursskattelovens § 3, stk. 1. For fysiske personer omfatter konkursindkomsten dels skyldnerens indtægter og udgifter fra konkursboets aktiver og passiver i perioden fra konkursdekretets afsigelse indtil konkursens slutning, dels skyldnerens indtægter og udgifter fra begyndelsen af det indkomstår, hvori konkursdekretet afsiges, og indtil dekretets afsigelse, jf. konkursskattelovens § 7, stk. 1, og stk. 2, 1. pkt. I konkursperioden udarbejdes der en indkomstopgørelse efter skattelovgivningens almindelige regler samt en selvangivelse for hvert indkomstår under konkursen. Selvangivelserne skal imidlertid først indsendes ved fristen for indgivelse af selvangivelse for det indkomstår, hvori konkursen sluttes, jf. konkursskattelovens § 3, stk. 3 (selskaber) og § 10, stk. 1 (fysiske personer). Baggrunden for, at selvangivelsesfristen udskydes til det indkomstår, hvori konkursen afsluttes, er, at ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst (konkursindkomsten) i konkursperioden (som kan strække sig over flere indkomstår) kan underskud opstået under konkursen, samt underskud fra tiden inden konkursdekretets afsigelse frem- og tilbageføres til modregning i overskud i konkursperioden, jf. konkursskattelovens § 4, stk. 2 (selskaber) og § 12, stk. 3 (fysiske personer).

Ved konkursens slutning vil den afsluttende indkomstperiode som oftest udgøre en periode på mindre end 12 måneder, da afslutning af konkursen sjældent vil være sammenfaldende med udløbet af indkomståret.<sup>30</sup> Der vil således skulle udarbejdes en periodeopgørelse for perioden fra begyndelsen af det sidste indkomstår i konkursen og indtil datoen for konkursens slutning. Da skatten af konkursindkomsten er proportional,<sup>31</sup> hvad enten der er tale om et konkursbo vedrørende en fysisk person eller et selskab, er der ikke behov for omregning af indkomsten i den afsluttende indkomstperiode til et helt års indkomst for at sikre progressionen i beskatningen.

<sup>30</sup> Konkursboet anses skattemæssigt for sluttet, når skifteretten har stadfæstet kurators udkast til udlodning og regnskab udarbejdet i henhold til konkurslovens § 148, og ankefristen efter konkurslovens § 250 er udløbet, jf. konkurslovens § 152. Tidspunktet udskydes ikke, selvom skifteretten i medfør af konkursskattelovens § 149 udskyder det endelige regnskab og udlodning vedrørende nærmere afgrænsede dele af boet. Jf. i det hele Ligningsvejledningen; Erhvervsdrivende 2007-1 afsnit E.L.1.3.4.

<sup>31</sup> Skatteprocenten for skattepligtige konkursboer for fysiske personer er 45 pct., jf. konkursskattelovens § 11, stk. 5, og for selskaber er det det enkelte års selskabsskatteprocent, der lægges til grund ved beregningen af skatten, jf. konkursskattelovens § 3, stk. 2 og Ligningsvejledningen; Erhvervsdrivende 2007-1 afsnit E.L.1.3.3.

## 5. Dødsbøbeskatning

### 5.1. Indledning

Dette område er selvfølgelig kun relevant for fysiske personer. Samtidig er området kendetegnet ved at operere med flere forskellige perioder – mellemperioden, boperioden og bøbeskatningsperioden. Mellempørioden er i dødsbøskattelovens § 96, stk. 3 defineret som den periode, der løber fra udløbet af det seneste indkomstår og indtil dødsfaldet. Bopørioden er defineret i stk. 4 i samme bestemmelse som pørioden fra og med dagen efter dødsfaldet til skæringsdagen i boopgørelsen. Bøbeskatningspørioden dækker i henhold til dødsbøbeskatningslovens § 19, stk. 2 en periode svarende til summen af mellemperioden og bopørioden. Med dette system er det sikret, at der i forbindelse med dødsfald ikke er nogen dage, der kan udgå af bøskatningsgrundlaget.<sup>32</sup>

I dødsbøskatteloven skelnes der mellem skattepligtige og skattefrie dødsboer, og aktualiteten af de ovenfor nævnte perioder er bestemt af, om der er tale om et skattefrit eller skattepligtigt dødsbo. Bestemmelserne om, hvornår dødsboer er skattepligtige, vil dog ikke være genstand for behandling her.<sup>33</sup>

### 5.2. Mellempørioden

Selve mellemperioden dækker over den periode af et indkomstår, hvor afdøde har været i live. Hvis afdøde anvendte forskudt indkomstår, fastsættes mellemperiodens længde, jf. dødsbøskattelovens § 96, stk. 3 i overensstemmelse med de bestemmelser, der gælder for personers ophør af skattepligt, jf. kilde-skattelovens §§ 92 og 93.<sup>34</sup> Der henvises til afsnit 2.3. ovenfor for en nærmere beskrivelse af disse bestemmelser.

#### 5.2.1. Mellempørioden for uskiftet bo mv.

Når den afdødes ægtefælle vælger at sidde i uskiftet bo, foreligger der slet ikke noget dødsbo – og dermed heller ikke en bøbeskatning. Men det er fortsat hensigten at sikre, at der ikke er indkomst, der i princippet ikke kommer til bøskatning. Det løses i denne situation ved, at afdødes efterlevende ægtefælle bøskattes af afdødes indkomst i mellemperioden,<sup>35</sup> jf. dødsbøskattelovens § 62.

<sup>32</sup> *Aage Michelsen m.fl.*: Lærebog om indkomstskat, 11. udgave, s. 1003.

<sup>33</sup> Der henvises til relevant litteratur på området, fx *Aage Michelsen m.fl.*, Lærebog om Indkomstskat, 11. udgave, kapitel 37.

<sup>34</sup> Disse regler om »afsluttende ansættelse« gælder dog i henhold til praksis ikke, når afdødes ægtefælle sidder i uskiftet bo. Der henvises til SKM 2007.287 LSR, der omtales i note 35.

<sup>35</sup> I SKM 2007.287 LSR havde en skatteyder bagudforskudt indkomstår, der løb fra den 1. maj til den 30. april. Skatteyder afgik ved døden den 22. august 2001. Afdødes ægtefælle

Det fremgår af dødsboskattelovens § 63, stk. 1, at der i denne forbindelse foretages en skatteansættelse af afdødes indkomst, ligesom indkomstkatten beregnes på grundlag heraf.<sup>36</sup> Der er således tale om, at den indkomst, der opgøres for mellemprioroden, bliver beskattet efter de almindelige regler – altså en progressiv beskatning. Derfor er det i dødsboskattelovens § 63, stk. 2 fastsat, at der skal ske en omregning af afdødes indkomst i mellemprioroden til helårsindkomst med henblik på at sikre progressionen i beskatningen. Det sker efter bestemmelserne i kildeskattelovens § 14, stk. 1, som er nærmere beskrevet i afsnit 2 ovenfor.

### 5.2.2. Mellemprioroden for skattefritagne boer

For de skattefritagne boer er behovet for at udarbejde et perioderegnskab for mellemprioroden bestemt af, om der begæres afsluttende ansættelse. Det fremgår således af dødsboskattelovens § 12, at hvis der ikke er begæret afsluttende ansættelse, er der gjort endeligt op med afdødes skattebetaling. De skatter, der er forfaldet eller indeholdt i dødsåret, anses for at dække skattebetalingen for mellemprioroden og eventuelle restskatter for tidligere indkomstår. Der er således ikke behov for at udarbejde et perioderegnskab i denne forbindelse.

Men SKAT eller dødsboet kan i henhold til dødsboskattelovens § 13 anmode om at få foretaget en afsluttende ansættelse.<sup>37</sup> Bestemmelserne om opgørelsen af den skattepligtige indkomst for mellemprioroden fremgår primært af bestemmelserne i dødsboskattelovens §§ 8 og 9. Det fremgår således af dødsboskattelovens § 8, at indkomstopgørelsen som udgangspunkt skal foretages efter skattelovgivningens regler for personer. I henhold til dødsboskattelovens § 9 skal renter og afskrivninger dog opgøres således, at de direkte henføres til mellemprioroden. Renter skal således periodiseres efter et påløbsprincip, og de helårige afskrivninger omregnes forholdsmæssigt.

Endelig er det i dødsboskattelovens § 9, stk. 4 reguleret, hvordan indkomstopgørelsen skal foretages i den situation, hvor den afdøde har et bag-

---

sad i uskiftet bo og havde med henvisning til bestemmelsen i dødsboskattelovens § 96, stk. 3, 2. pkt. medregnet afdødes indkomst for perioden fra den 1. maj 2000 til den 22. august 2001 ved indkomstopgørelsen for 2001. Landsskatteretten afgjorde med henvisning til praksis, at mellemprioroden udgjorde perioden fra den 1. maj 2001 til den 22. august 2001, og at den skulle beskattes hos afdødes ægtefælle i indkomståret 2002.

<sup>36</sup> Beregningen sker med den efterlevende ægtefælles skatteprocenter. Skatteministeren har den 4. januar 2007 sendt et lovforslag i høring, hvorefter de kommunale skatter mv. for afdødes skatteansættelse beregnes med de procenter, der gjaldt for afdøde.

<sup>37</sup> Af dødsboskattelovens § 13, stk. 5 fremgår en række tilfælde, hvor der under alle omstændigheder skal foretages en afsluttende ansættelse.

udforskudt indkomstår. I den situation skal indkomsten i mellemprioroden omregnes, så den svarer til en periode af samme længde, som hvis afdøde havde haft kalenderårsregnskab i dødsåret – den såkaldte delperiode.<sup>38</sup> I forbindelse med omregningen skal der ses bort fra indtægter og udgifter, der ikke hører til den normale løbende indkomst.

Det vil sige, at det ved udformningen af bestemmelserne for opgørelsen af indkomsten i mellemprioroden har været afgørende at sikre sig, at indkomsten opgøres, så den kun vedrører den del af et kalenderår, hvor afdøde har været i live. Da skatten for mellemprioroden udgør 50 pct., er der ikke noget behov for omregning til helårsindkomst, og indkomstopgørelsen for mellemprioroden bliver således en periodeopgørelse, der danner grundlag for en endelig indkomstopgørelse.

### 5.2.3. Mellemprioroden for skattepligtige dødsboer

Når dødsboet er skattepligtigt, skal der ikke foretages en indkomstopgørelse for mellemprioroden, da den som tidligere nævnt udgør en del af bobeskatningsperioden, jf. dødsboskattelovens § 19, stk. 2. De bestemmelser, der regulerer indkomstopgørelsen i denne periode, udgøres således af de bestemmelser, der gælder for hele bobeskatningsperioden.

## 5.3. Bobeskatningsperioden

Bobeskatningsperioden er som nævnt et begreb, der kun bliver aktuelt, når boet er skattepligtigt. Den dækker perioden fra udløbet af afdødes seneste indkomstår og indtil skæringsdagen i dødsboet. Bestemmelserne herom fremgår af dødsboskattelovens kapitel 5, §§ 19-33. Det fremgår af dødsboskattelovens § 21, at indkomstopgørelsen for bobeskatningsperioden som udgangspunkt opgøres efter skattelovgivningens almindelige regler.

De særlige regler om indkomstopgørelsen i bobeskatningsperioden fremgår af de øvrige bestemmelser i dødsboskattelovens kapitel 5. For renter gælder det ligesom ved mellemprioroden, at disse skal periodiseres efter påløbsprincippet indtil skæringsdagen i dødsboet. Som hovedregel skal der også ske en omregning af afskrivningerne, så de svarer til længden af bobeskatningsperioden.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Bemærkninger til § 9, stk. 4 i dødsboskatteloven. Der henvises i øvrigt til *V. Spang-Thomsen m.fl.*: Beskatning af dødsboer. FSRs forlag/Forlaget Thomson 1999, bilag 3 for praktiske eksempler på, hvordan en sådan omregning sker.

<sup>39</sup> Hvis bobeskatningsperioden er længere end et år, skal driftsmidler og skibe afskrives uden hensyntagen til denne længere periode, mens det for andre afskrivninger gælder, at der fortsat skal ske en omregning af afskrivningen i forhold til den del af bobeskatningsperioden, hvor aktivet har været i afdødes eller boets eje.

Bobeskatningsindkomsten beskattes med en proportional skat på 50 pct., og det er derfor ikke nødvendigt at foretage en omregning til helårsindkomst. Indkomstopgørelsen for bobeskatningsperioden bliver således en periodeopgørelse, der danner grundlag for en endelig indkomstopgørelse.

## 6. Selskabers indkomstperiode

I indledningen blev det defineret, at begrebet periodeopgørelse dækker over en indkomstopgørelse for en afvigende periode. En forudsætning for at kunne forstå de bestemmelser, der regulerer periodeopgørelsen, er at få fastslået, hvordan den normale periode fastsættes.

For selskaber fremgår det af selskabsskattelovens § 10, stk. 1, at den skattepligtige indkomst opgøres på grundlag af indkomsten i indkomståret, og det er efterfølgende defineret som kalenderåret. Det fremgår ligeledes af samme bestemmelse, at det er muligt for et selskab at have et indkomstår, der afviger fra denne hovedregel, i form af enten et bagudforskudt eller et fremadforskudt indkomstår. Det bagudforskudte indkomstår er karakteriseret ved, at den 12-måneders periode, som det udgør, er forskudt bagud i tid i forhold til kalenderåret. Det kan maksimalt forskydes bagud i tid, så det slutter den 1. april i det kalenderår, der svarer til indkomståret. Et fremadforskudt indkomstår er omvendt karakteriseret ved, at det er forskudt fremad i tid i forhold til kalenderåret. Det kan dog maksimalt forskydes fremad til den 31. marts i det efterfølgende kalenderår.<sup>40</sup>

### 6.1. Omlægning af selskabers indkomstperiode

Et selskab kan vælge at omlægge sit indkomstår jf. selskabsskattelovens § 10, stk. 2, der hjemler omlægning af indkomståret såvel ud fra objektive kriterier som efter ansøgning. Såfremt disse kriterier er opfyldt, eller der i øvrigt gives tilladelse, er det afgørende, at omlægningen ikke medfører, at et indkomstår overspringes eller dubleres. En omlægning af indkomstperioden vil under alle omstændigheder indebære, at der skal udarbejdes en periodeopgørelse, der dækker omlægningsperioden. I denne sammenhæng får bestemmelsen om, at der ikke må ske dublering eller overspring af en indkomstperiode, betydning for, om periodeopgørelsen udgør en egentlig indkomstopgørelse, eller om den blot bliver et tillæg til indkomstopgørelsen for den indkomstperiode, der ønskes omlagt. Det er i den forbindelse afgørende, om omlægningsperioden

<sup>40</sup> Indkomståret fra den 2. april 2006 til den 1. april 2007 vil således udgøre den maksimale forskydning bagud i tid for indkomståret 2007. Omvendt vil indkomståret fra den 1. april 2007 til den 31. marts 2008 udgøre den maksimale forskydning fremad i tiden for indkomståret 2007.

passerer den 1. april, da det er denne dato, der udgør grænsen mellem bagudforskudte og fremadforskudte indkomstår.<sup>41</sup>

Et selskab, der ønsker at omlægge et kalenderårsregnskab til et regnskab pr. 30. juni, skal udarbejde en periodeopgørelse for perioden fra den 1. januar til den 30. juni, og denne 6-måneders opgørelse vil udgøre indkomstopgørelsen for det pågældende indkomstår, da der ellers vil ske overspring af et indkomstår. Ønsker et selskab, der har status den 30. juni, at omlægge sit indkomstår, så det følger kalenderåret, vil omlægningsperioden udgøre perioden fra den 30. juni til den 31. december. I denne situation vil periodeopgørelsen blot blive en del af den samlede indkomstopgørelse for det pågældende indkomstår, da der ellers vil ske dublering af en indkomstperiode. Den samlede indkomstopgørelse udgør til gengæld i sig selv en periodeopgørelse, idet den omfatter en periode på 18 måneder.

Betydningen af, om en omlægningsperiode udgør et selvstændigt indkomstår eller blot er en del af det indkomstår, der ønskes omlagt, er særligt relevant i forbindelse med selskabets mulighed for at foretage skattemæssige afskrivninger, ligesom det kan have betydning ved vurderingen af en eventuel begrænsning i selskabets adgang til at fremføre skattemæssige underskud.<sup>42</sup>

Da de afskrivninger, der er hjemlet i afskrivningsloven, som hovedregel er helårsafskrivninger, betyder det, at afskrivningen foretages i det enkelte indkomstår uden hensyntagen til dets længde. Og det indebærer en tidsmæssig forskydning i selskabets adgang til at afskrive, hvis indkomstopgørelsen i forbindelse med omlægninger dækker over mere end 12 måneder. Omvendt vil en indkomstopgørelse på kun 6 måneder indebære en fremrykning af afskrivningen.

## 7. Likvidation

Udarbejdelsen af periodeopgørelser i tilfælde af likvidation er kun relevant for selskaber mv. Det fremgår af selskabsskatteovens § 5, stk. 1, at selskabets skattepligt i forbindelse med opløsning fortsætter indtil tidspunktet for

<sup>41</sup> I forbindelse med sådanne omlægninger vil periodeopgørelsen maksimalt dække en periode på 24 måneder minus en dag. Det vil være tilfældet, hvis selskabet vælger at omlægge et bagudforskudt indkomstår, der starter den 2. april, til et fremadforskudt indkomstår, der starter den 1. april. Hvis omlægningen sker i 2006, vil indkomstopgørelsen for 2006 omfatte perioden fra den 2. april 2005 til den 31. marts 2007 med perioden fra den 2. april 2006 til den 31. marts 2007 som omlægningsperiode.

<sup>42</sup> Det fremgår af ligningslovens § 15, stk. 7-12, at der kan indtræde underskudsbegrænsning, hvis der har været et skift i selskabets aktionærkreds fra begyndelsen af det indkomstår, hvor underskuddet opstod, til slutningen af det indkomstår, hvor underskuddet ønskes udnyttet. Afgænsningen af indkomståret bliver således også afgørende for, hvornår denne »måling« skal finde sted.

opløsningen.<sup>43</sup> I praksis vil det ofte indebære, at selskabets skattepligt ophører midt i et indkomstår, hvilket i henhold til selskabsskattelovens § 10, stk. 1 betyder, at indkomståret udgør denne del af året.

Selskabets likvidation vil således som oftest medføre, at der skal udarbejdes en periodeopgørelse. For et selskab med kalenderårsregnskab vil perioden være fra 1. januar til opløsningstidspunktet, og periodeopgørelsen, der maksimalt kan vedrøre 12 måneder minus 1 dag, vil udgøre indkomstopgørelsen for det indkomstår, hvori opløsningen finder sted. Har selskabet derimod et fremadforskudt indkomstår, vil periodeopgørelsens tilknytning til opløsningsåret som indkomstår afhænge af, hvornår opløsningen sker i forhold til udløbet af regnskabsåret. Hvis opløsningen sker efter udløbet af regnskabsåret, men inden den 31. december, vil periodeopgørelsen udgøre indkomstopgørelsen for opløsningsåret. Ophører selskabets skattepligt derimod i perioden 1. januar og indtil udløbet af regnskabsåret, vil periodeopgørelsen udgøre indkomstopgørelsen for indkomståret før opløsningsåret.<sup>44</sup>

Hvis selskabet har bagudforskudt indkomstår, regulerer selskabsskattelovens § 5, stk. 2 sammenhængen mellem periodeopgørelsen og indkomståret. Det indebærer, at i de tilfælde, hvor opløsningen finder sted efter udløbet af regnskabsåret og inden den 31. december, vil periodeopgørelsen for denne periode blot skulle tillægges indkomstopgørelsen for det afsluttede regnskabsår.<sup>45</sup> Det betyder, at den periodeopgørelse, der skal lægges til grund for indkomstopgørelsen i denne situation, dækker en periode på mere end 12 måneder – maksimalt knap 21 måneder.<sup>46</sup> Nødvendigheden af denne be-

<sup>43</sup> I Skatteretsrådets anden redegørelse, Notat om selskabers ophør i forhold til udløsningen af likvidationsbeskatningen af aktionærerne m.v. s. 224-225 er det anført, at et selskab i henhold til praksis kan anses for opløst på tre forskellige tidspunkter. De er: tidspunktet for afmeldelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen; tidspunktet for den afsluttende generalforsamling, hvis selskabet afmeldes rettidigt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller statutidspunktet for den afsluttende ansættelse, forudsat at den afsluttende generalforsamling afholdes i naturlig forlængelse heraf.

<sup>44</sup> Et selskab med et regnskabsår, der løber fra den 1. april til den 31. marts, opløses ved likvidation den 15. februar 2007. Der skal udarbejdes en periodeopgørelse for perioden fra den 1. april 2006 til den 15. februar 2007, og det udgør indkomstopgørelsen for indkomståret 2006. Opløses selskabet derimod ved likvidation den 15. juni 2007, skal der udarbejdes en periodeopgørelse for perioden fra den 1. april 2007 til den 15. juni 2007, og det udgør indkomstopgørelsen for indkomståret 2007.

<sup>45</sup> Det gælder også, hvis selskabet indgår i en sambeskatning, jf. selskabsskattelovens § 10, stk. 5, sidste pkt.

<sup>46</sup> Et selskab med et regnskabsår, der løber fra den 2. april 2006 til den 1. april 2007 bliver opløst ved likvidation den 15. august 2006. Indkomstopgørelsen pr. 1. april 2007 vedrører indkomståret 2007, hvilket også er tilfældet for indkomstopgørelsen for perioden fra



stemmelse er indlysende, da den løser problemet med, at der ellers er to indkomstansættelser, der vedrører det samme indkomstår.

Bestemmelsen i selskabsskattelovens § 5 om selskabers ophør af skattepligt har tilsvarende betydning, når der sker ændringer i et selskabs subjektive skattepligt. Et selskab kan således være omfattet af aktieselskabsbeskatning, andelsbeskatning eller institutionsbeskatning.<sup>47</sup> Denne forskellighed har medført et behov for bestemmelser, der kan regulere beskatningen i forbindelse med overgang mellem de forskellige beskatningsformer. Disse bestemmelser findes i selskabsskattelovens §§ 5-5D. De er generelt kendetegnet ved, at overgang i skattepligt sidestilles med ophør af skattepligt og et deraf følgende behov for at udarbejde en periodeopgørelse. Den sikrer, at der bliver gjort op med beskatningen under den tidligere beskatningsform inden overgangen til en anden.

Overgang fra aktieselskabsbeskatning til institutions- eller kooperationsbeskatning medfører således, at selskabet er aktieselskabsskattepligtigt indtil tidspunktet for overgangen,<sup>48</sup> hvilket medfører behov for en periodeopgørelse på det tidspunkt. Ved overgang fra andelsbeskatning til aktieselskabsbeskatning hjemler selskabsskattelovens § 5B, at der skal foretages en ganske særlig periodeopgørelse, der udgøres af den akkumulerede formue i andelsselskabet. Denne indtægtsføres i takt med, at der sker udlodninger til andelshaverne, jf. selskabsskattelovens § 5B, stk. 4.

## 8. Sambeskatning

### 8.1. Indledning

Med vedtagelsen af de nye sambeskatningsregler i 2005 blev der indført et nyt behov for skatteretlige periodeopgørelser – de såkaldte delårsopgørelser, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 3. Det fremgår heraf, at ændring i et selskabs koncernforbindelse udløser krav om udarbejdelse af en delårsopgørelse.<sup>49</sup> Behovet for disse er som bekendt affødt af, at den tvungne nationale sambeskatning indtræder allerede fra tidspunktet for etablering af en koncernforbindelse, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 1. Hvis en sådan koncernfor-

---

den 2. april 2007 til den 15. august 2007. De to indkomstopgørelser lægges derfor sammen og udgør så indkomstopgørelsen for indkomståret 2007.

<sup>47</sup> Der henvises til *Aage Michelsen m.fl.*: Lærebog om indkomstskat, 11. udgave, s. 700 og *Jan Pedersen m.fl.* Skatteretten 2, 4. udgave, s. 295-299 for en nærmere beskrivelse heraf.

<sup>48</sup> Jf. selskabsskattelovens §§ 5 og 5A.

<sup>49</sup> Ændring i koncernforbindelse omfatter såvel ind- som udtræden af en sambeskatning. Ved udtræden kan selskabet indgå i en anden sambeskattet koncern eller overgå til særbeskatning.

bindelse etableres i løbet af et indkomstår, er det derfor nødvendigt at foretage sådanne delårsopgørelser, der sikrer en fordeling af indkomsten på perioden før og efter etableringen af sambeskatningen.<sup>50</sup>

Skatteministeren har i december 2006 fremsat lovforslag nr. L110, der blandt andet indeholder ændringer til sambeskatningsreglerne. En vedtagelse af lovforslaget vil indskrænke området for, hvornår der skal udarbejdes delårsopgørelser i forbindelse med ændringer i et selskabs koncerntilhørsforhold. Lovforslaget indebærer, at der ikke skal udarbejdes en delårsindkomstopgørelse, dels når et skuffeselskab indtræder i en sambeskatning, dels når en sambeskatning etableres eller udvides i forbindelse med stiftelse af et nyt selskab. I sidstnævnte tilfælde er det afgørende, at det nystiftede selskab ikke tilføres aktiver eller passiver fra selskaber uden for koncernen.

Det fremgår af bemærkningerne, at hensigten med den foreslåede ændring er at hindre, at koncerninterne omstruktureringer medfører, at der skal foretages delårsopgørelser. De omtales i lovforslaget som unødvendige. Desuden kan disse delårsopgørelser medføre, at selskabet i nogle tilfælde mister skattemæssige afskrivninger. For at løse dette problem er det foreslået, at koncernforbindelsen i disse situationer skal anses for at være etableret ved begyndelsen af indkomståret. Der er dog en begrænsning heri i de tilfælde, hvor det nystiftede selskab bliver det ultimative moderselskab.<sup>51</sup>

## 8.2. Delårsopgørelsen

Behovet for at fordele indkomstårets indkomst mellem skattesubjekter har betydet, at det har været nødvendigt at opstille et sæt regler, der skal sikre fordelingen af årets indkomst på to eller flere delårsopgørelser.<sup>52</sup> Det er således fastlagt i selskabsskatteovens § 31, stk. 3, at:

- delårsopgørelsen skal foretages efter skattelovgivningens almindelige regler, som om perioden udgør et helt indkomstår.
- de skattemæssige afskrivninger maksimalt kan foretages i forhold til, hvor stor en del indkomstperioden udgør af et kalenderår.
- de skattemæssige værdier og valg af periodiseringsprincipper, der er lagt til grund i den første delårsindkomstopgørelse, også skal anvendes ved indkomstopgørelsen for den resterende del af indkomståret.

<sup>50</sup> Delårsindkomsterne sikrer selvfølgelig også fordelingen i tilfælde af et ophør af sambeskatning i løbet af et indkomstår.

<sup>51</sup> Afsnit 3.1 i de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. L110 af 13. december 2006, FT 2006/2007.

<sup>52</sup> Det kan blive aktuelt med flere delårsopgørelser, hvis selskabets koncernforbindelse ændrer sig mere end en gang i det samme indkomstår.

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at den skal sikre, at opdelingen af indkomsten i delårsregnskaber ikke medfører, at den samlede skattepligtige indkomst for selskabet afviger væsentligt fra den indkomst, der skulle være opgjort, hvis der ikke var sket en ændring i selskabets koncernforbindelse i løbet af året.<sup>53</sup> Udgangspunktet er således, at delårsopgørelserne tilsammen skal udgøre indkomstopgørelsen for et givet indkomstår. Men da de skal sikre fordelingen af et års indkomst til forskellige koncerner eller til særbeskatning, er der alligevel visse modifikationer hertil.

#### *8.2.1. Perioden udgør et helt indkomstår*

Betydningen af dette udsagn er, at selskabets dispositioner efter, at det er blevet en del af en ny koncern, ikke skal påvirke indkomstopgørelsen i den første delperiode, selv om dispositionerne finder sted i det samme indkomstår. For eksempel kan virksomheden i selskabet ophøre i den anden delperiode med deraf følgende konsekvenser for adgangen til at afskrive,<sup>54</sup> uden at det påvirker selskabets adgang til at afskrive i den første delperiode. Bestemmelsen har også en positiv konsekvens i forhold til vurderingen af, om der er sket et ejerskifte, der i henhold til ligningslovens § 15, stk. 7-12 kan medføre underskudsbegrænsning. Det er således ejerkredsen ved begyndelsen og slutningen af første delperiode, henholdsvis begyndelsen og slutningen af anden delperiode, der skal sammenlignes med henblik på at vurdere, om der er sket et sådant ejerskifte.<sup>55</sup>

#### *8.2.2. Skattemæssige afskrivninger*

Bestemmelsen i selskabsskattelovens § 31, stk. 3 om afskrivninger indebærer reelt, at afskrivningerne i stedet for at være helårsafskrivninger bliver ubundne pro-anno afskrivninger.<sup>56</sup> Hvis delårsopgørelsen vedrører en periode på 6 måneder, kan der kun afskrives med 6/12 af den afskrivning, som afskrivningsloven i øvrigt hjemler. Hvis delårsopgørelsen dækker en periode på mere end 12 måneder, hvilket kan være tilfældet i forbindelse med omlægning af indkomståret, vil det omvendt betyde, at der kan afskrives for alle de måneder, som omlægningsperioden vedrører.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Bemærkninger til § 1, nr. 16 (selskabsskattelovens § 31, stk. 2 og 3) i lovforslag nr. L121 af 2. marts 2005, FT 2004/2005 2. samling.

<sup>54</sup> Det fremgår således af afskrivningslovens §§ 9, 20 og 40, stk. 4, at der ikke kan afskrives i afståelsesåret.

<sup>55</sup> Der henvises til Skatteministerens svar til FSR i bilag 18 og 35 til L121.

<sup>56</sup> Der kan dog afskrives for hele den pågældende indkomstperiode og ikke kun for den del af perioden, hvor selskabet har ejet det pågældende aktiv.

<sup>57</sup> Ligningsvejledningen; Selskaber og aktionærer. 2007-1, afsnit S.D.4.1.2.2.

Hermed adskiller reguleringen af afskrivningerne i disse periodeopgørelser sig fra den regulering, der kendes dels i forhold til den situation, hvor der ikke er sket en ændring i koncernforbindelsen, dels i forhold til afskrivninger i periodeopgørelser i øvrigt.

Det har særligt betydning i forhold til saldoafskrivninger på driftsmidler. I den første delperiode foretages der således en forholdsmæssig afskrivning på primosaldoen, der efter regulering for den foretagne afskrivning, udgør ultimosaldoen for denne periode. I anden delperiode udgør denne saldo primosaldoen, og det er med udgangspunkt i denne nedskrevne værdi, at selskabet beregner sin afskrivning for anden delperiode. Det betyder reelt, at årets samlede afskrivning på driftsmidler er mindre end den, selskabet kunne have foretaget, hvis der ikke havde været en ændring i koncernforbindelsen.

### *8.2.3. Skattemæssige værdier og valg af periodiseringsprincipper*

Bestemmelsen om, at de skattemæssige værdier og valg af periodiseringsprincipper, der er lagt til grund i den første delårsindkomstopgørelse, også skal anvendes ved den anden delårsindkomstopgørelse, sikrer hensynet til, at den samlede indkomst ikke skal afvige væsentligt fra den indkomst, der ville være opgjort, hvis der ikke var sket en ændring i koncernforbindelsen. Med bestemmelsen sikres der en kontinuitet mellem de to delårsopgørelser.

### **8.3. Omlægning af indkomstår i forbindelse med sambeskatning**

Det fremgår af selskabsskattelovens § 31, stk. 5, at alle selskaber i sambeskatningen skal opgøre den skattepligtige indkomst for samme periode som administrationsselskabet. Det indebærer, at når et selskab indtræder i en sambeskatning, skal det sikres, at dets indkomstår svarer til administrationsselskabets. Hvis det ikke er tilfældet, skal der ske en omlægning heraf, jf. selskabsskattelovens § 10, stk. 5. Hovedreglen er, at omlægningen skal ske i henhold til de almindelige regler for omlægning af indkomstår, jf. beskrivelsen heraf i afsnit 5.1. ovenfor. Der vil således skulle udarbejdes periodeopgørelser, der har relation til omlægningen af indkomståret samtidig med, at der skal tages hensyn til nødvendigheden af delårsopgørelser.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Selskab A har kalenderårsregnskab. Selskab B har et fremadforskuet regnskabsår, der løber fra den 1. april til den 31. marts. Selskab A køber aktierne i B den 1. juli 2007. Selskab B skal omlægge sit indkomstår. Omlægningsperioden bliver fra den 1. april 2007 til den 31. december 2007 og udgør indkomstopgørelsen for indkomståret 2007. Den skal imidlertid deles i to – en for perioden fra den 1. april 2007 til den 30. juni 2007 og en for perioden fra den 1. juli 2007 til den 31. december 2007. Der henvises desuden til TFS 2006.1048SR.

Det er i denne forbindelse væsentligt at være opmærksom på bestemmelsen i selskabsskattelovens § 10, stk. 5, 3. pkt., der kun kan blive aktuel i de situationer, hvor et eller flere af selskaberne i den nyetablerede sambeskatning har forskudt indkomstår. I den situation kan det forekomme, at administrations-selskabet har påbegyndt et indkomstår, som det tilkøbte selskab endnu ikke har påbegyndt. For at sikre, at de periodeopgørelser, der udarbejdes i den forbindelse, vedrører det samme indkomstår, er det i den pågældende bestemmelse fastlagt, at det indtrædende selskabs indkomstår ophører på tidspunktet for etableringen af koncernforbindelsen.

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at der i denne situation ikke skal udarbejdes delårsopgørelser, da der netop ikke er to indkomstperioder, der skal medregnes for samme indkomstår hos to koncerner.<sup>59</sup> Hvis det antages, at koncernforbindelsen, der er omtalt nedenfor i note 56, blev etableret den 1. marts 2007, ville indkomståret 2006 for selskabet B udløbe den 28. februar 2007, og indkomstopgørelsen for indkomståret 2006 ville dække perioden fra den 1. april 2006 til den 28. februar 2007. Indkomståret 2007 ville udgøre perioden fra den 1. marts 2007 til den 31. december 2007. Det betyder, at der ikke vil være behov for at udarbejde en delårsopgørelse for selskab B, og dermed skal der ikke afskrives forholdsmæssigt i den pågældende 10-måneders periode.<sup>60</sup>

Det skal dog bemærkes, at FSR i forbindelse med fremsættelsen af LI10 har bedt Skatteministeren bekræfte, at der fortsat ikke skal ske en begrænsning i afskrivningerne, når der kun er én indkomstopgørelse i ét indkomstår – for eksempel i den situation, hvor det indtrædende selskabs indkomstår ophører på tidspunktet for etableringen af koncernforbindelsen.<sup>61</sup>

## 9. Sammenfatning

Reglerne om omregning til helårsindkomst i personskattelovens § 14 skal sikre progressionen i beskatningen, såfremt en fysisk person ikke er skattepligtig til Danmark i et helt indkomstår. Reglerne skal således sikre, at der ikke kan spekuleres i til-/fraflytningstidspunkt for at undgå betaling af mellem-

<sup>59</sup> Bemærkninger til § 1, nr. 16 i lovforslag nr. L121 af 2. marts 2005, FT 2004/2005 2. samling. Det samme synspunkt fremgår desuden af Ligningsvejledningen; Selskaber og aktionærer 2007-1, afsnit S.D.4.1.2.2.

<sup>60</sup> I tilfælde af, at selskabet A havde et bagudforskudt indkomstår, ville indkomstopgørelsen for B for indkomståret 2007 blive kortere end de 10 måneder, men da der ikke er tale om en delårsopgørelse, vil B ikke blive omfattet af den begrænsede adgang til at afskrive i henhold til selskabsskattelovens § 31, stk. 3.

<sup>61</sup> FSR's henvendelse til Skatteministeriet af 18. januar 2007, L 110 2006/2007, bilag 3. Skatteministerens svar forelå ikke på tidspunktet for artiklens udarbejdelse.

og/eller topskat. Omregningen til helårsindkomst kan imidlertid føre til, at personen bliver stillet skattemæssigt dårligere i et indkomstår, hvori der skal ske omregning til helårsindkomst, end hvis den pågældende havde været skattepligtig til Danmark i hele indkomståret. Dette problem er imidlertid blevet løst ved, at den skattepligtige kan vælge at blive beskattet på grundlag af sin faktiske helårsindkomst i til-/fraflytningsåret, såfremt dette fører til en lavere beskatning, end hvis der sker omregning til helårsindkomst. Reglerne må derfor i dag siges at være hensigtsmæssige, idet der kan blive taget højde for den skattepligtiges faktiske indkomstforhold i til-/fraflytningsåret. Reglerne om omregning til helårsindkomst, såfremt den skattepligtige har et forskudt indkomstår i forhold til kalenderåret på det tidspunkt, hvor skattepligten ophører, kan imidlertid forekomme komplekse. Se straks nedenfor.

Reglerne i kildeskattelovens § 22 og i kildeskattelovens afsnit X (§§ 90-96 og 98-100) tjener også det primære formål at sikre progressionen i beskatningen i omlægningsperioden i forbindelse med en fysisk persons omlægning af indkomstår – enten til et forskudt indkomstår afvigende fra kalenderåret eller ved omlægning af et forskudt indkomstår til et kalenderår. Endvidere skal reglerne sikre, at der sker beskatning af en 12-måneders periode. Reglerne er ganske komplekse. Reglernes kompleksitet hænger imidlertid sammen med, at et forskudt indkomstår bryder med det grundlæggende princip i kildeskattelovens § 41, hvor den foreløbige skat i form af fx A-skat og B-skat betales i løbet af det kalenderår, som det forskudte indkomstår træder i stedet for, selvom såvel den foreløbige skat som slutskatten beregnes på grundlag af indkomsten i det forskudte indkomstår. Det vil sige, at der er en forskydning mellem perioden for skatternes opkrævning og den periode, for hvilken skatten beregnes. Det kan i omlægningsåret føre til en situation, hvor en del af periodeopgørelsens indkomster bliver underlagt dobbeltbeskatning, eller en del af periodeopgørelsens indkomster ikke kommer til beskatning. Denne periodeforskydning gøres der imidlertid op med, når skattepligten ophører enten som følge af død eller som følge af fraflytning eller ophør af begrænset skattepligt.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Jf. også *Tom Ancher og Henrik Landts*: Forskudt indkomstår, afsnit 6, Artikel S.6 i *Skatte Orientering* fra maj 1990. Forfatterne anfører dog i artiklen, at i tilfælde, hvor indkomstforholdene ikke er ens i omlægningsåret og i det indkomstår, hvori skattepligten ophører, samt hvor den skattepligtige ophører med erhverv, men uden at skattepligten som sådan ophører, vil der kunne blive tale om ekstrabeskatning eller en mindre beskatning i forbindelse med omlægning af indkomståret og i indkomstår, hvori skattepligten ophører. For en nærmere uddybning heraf kan der henvises til artiklen.

Såfremt man ønsker, at der skal være mulighed for at have et indkomstår forskudt i forhold til kalenderåret, samtidig med fastholdelse af det grundlæggende princip om beregning af skatten for en 12-månders periode, og at der ikke skal være mulighed for at opnå særlige skattemæssige fordele i forbindelse med omlægning af indkomstår, har vi svært ved at se, at reglerne kan gøres enklere.

Periodeopgørelser i forbindelse med fysiske personers og selskabers konkurs volder ikke de store problemer, idet man har fundet frem til en meget pragmatisk løsning på periodeproblemstillingerne i det indkomstår, hvori konkursdekretet afsiges, og i det indkomstår, hvori konkursen slutes. Dette er sket ved, at man opererer med en særlig konkursindkomst omfattende indkomst fra begyndelsen af det indkomstår, hvori der afsiges konkursdekret og indtil konkursens slutning. Det vil sige, at der ikke skal udarbejdes en særlig periodeopgørelse i det indkomstår, hvori konkursen indtræder. Fysiske personer skal dog udarbejde to selvstændige indkomstopgørelser – en for konkursindkomsten og en for øvrig indkomst – for hele indkomståret. Desuden beskattes konkursindkomsten med en proportional skat ved såvel fysiske personer som selskabers konkurs. Det betyder, at det ikke er nødvendigt at omregne konkursindkomsten til helårsindkomst for at sikre progressionen i beskatningen. At man har haft denne pragmatiske tilgang til periodeopgørelser ved konkurs, skyldes sikkert den omstændighed, at udgangspunktet er, at konkursboet ikke er skattepligtigt, alene af den grund, at der ikke forventes at være nogen indkomst af betydning til beskatning i konkursperioden. Hvis der skulle være en indkomst, kan det være tvivlsomt, om indkomstskatten heraf kan inddrives enten i konkursboet eller hos den fysiske person.

Bestemmelserne om de periodeopgørelser, der skal udarbejdes i forbindelse med skatteydere død, er præget af, at dødsboskatten er en proportional skat på 50 pct. Da det også er den skat, der skal beregnes af indkomsten i mellemperioden, indebærer det, at der ikke er behov for omregning til helårsindkomst. I dødsboskatteloven er det således kun i den situation, hvor ægtefællen sidder i uskiftet bo mv. og dermed skal betale skat af afdødes indkomst i dødsåret, at der skal ske omregning til helårsindkomst. Dette sker igen af hensyn til progressionen i beskatningen.

Når der henses til, at man kun dør én gang, og skatteydere mulighed for gentagne gange at spekulere i en manglende progression derfor ikke er til stede, kan der argumenteres for, at behovet for omregning til helårsindkomst er begrænset. Det vil næppe medføre et stort provenutab, hvis man blot lod afdødes indkomst i dødsåret blive beskattet efter de almindelige bestemmelser uden krav om omregning til helårsindkomst.

Det fremgår af bestemmelsen om selskabers omlægning af indkomstår, at det er afgørende for fastsættelsen af omlægningsperioden, at indkomstopgørelsen for omlægningsperioden således udgør en periodeopgørelse, der i nogle tilfælde er en egentlig indkomstopgørelse, mens den i andre tilfælde blot er et tillæg dertil.

Når hensynet til reglernes udformning tages i betragtning, synes de at være udformet på en hensigtsmæssig måde, der sikrer dette. At det så kan betyde, at selskabets adgang til at afskrive i omlægningsperioden i realiteten kan være forringet, er så en konsekvens af et i øvrigt pragmatisk udformet regelsæt. Og når omlægningsperioden er mindre end 12 måneder, vil selskabet reelt have fordel af en sådan omlægning i forhold til afskrivningerne.

Hensynet bag udformningen af bestemmelserne om delårsopgørelser i forbindelse med sambeskatning er et ganske andet, da de skal sikre fordelingen af indkomsten i et indkomstår på flere koncerner. Aktualiteten af en delårsopgørelse er således bestemt af, om der har været en ændring i koncernforbindelsen i indkomståret. Det har således været afgørende for udformningen af bestemmelserne, at summen af delårsopgørelserne ikke skal afvige væsentligt fra den indkomstopgørelse, der skulle være opgjort, hvis der ikke havde været en ændring i koncernforbindelsen.

I den forbindelse skal det bemærkes, at udformningen af afskrivningsreglerne ikke helt tilgodeser dette sigte, idet selskabet som primosaldo i den anden delperiode »åbner« med en driftsmiddelsaldo, der er reguleret med afskrivningerne fra den første delperiode. Det vil sige, at de samlede afskrivninger i indkomståret er mindre, end hvis der ikke skulle udarbejdes delårsopgørelser.

Det forekommer også unødvendigt at lade dette hensyn være afgørende for, at bestemmelsen om delårsopgørelser og særligt dennes betydning for afskrivningerne også skal gælde i den situation, hvor koncernforbindelse etableres med et nystiftet datterselskab, der er stiftet kontant. I den situation er der ikke tale om, at indkomsten i et indkomstår skal fordeles mellem flere koncerner. Selskabets skattepligt indtræder jo først i forbindelse med stiftelsen, jf. selskabsskattelovens § 4, stk. 1. Der er således ingen indkomstperiode før etableringen af koncernforbindelsen. Denne problemstilling vil dog blive løst med L110, jf. omtalen heraf ovenfor i afsnit 8.

Det fremgår af vores gennemgang af reglerne om forskellige periodeopgørelser i skatteretten, at disse tjener forskellige formål. I nogle situationer er der fundet en pragmatisk løsning på problematikken om periodeopgørelser – for eksempel i forbindelse med konkurs- og dødsboer. I andre situationer er det nødvendigt med særlige (læs ofte komplicerede) regler for periodeopgørelser enten for at sikre, at al indkomst kommer til beskatning eller for at sik-



re, at der ikke er indkomst, som ikke bliver beskattet. I de situationer, hvor der kan forekomme progressiv beskatning, er der et behov for at sikre progressionen i beskatningen samt det grundlæggende princip i statsskattelovens § 4 om, at skatten skal beregnes på grundlag en 12-måneders periode. Endelig har de gældende sambeskatningsregler gjort det nødvendigt med delårsopgørelser ved ind- og udtræden af en tvungen national sambeskatning for at sikre den rigtige fordeling af indkomsten mellem to koncerner eller mellem en koncern og en særbeskatning. Og ja – sådan må det nok være, når man i et samfund skal sikre sit skatteprovenu bedst muligt.

# Lovreguleringen af aftaler om huslejens størrelse i beboelseslejemål – et kludetæppe

af

*Jakob Juul-Sandberg*

## 1. Introduktion

Siden 1. verdenskrig har dansk ret indeholdt særlige regler, der begrænser aftalefriheden for parterne i et lejeforhold vedrørende en bolig, når huslejen skal fastsættes. Reglerne er efterhånden komplekse og i nogen grad uoverskuelige. Hovedregler – ofte med høj detaljeringsgrad – suppleres i mange tilfælde af svært tilgængelige særregler, overgangsordninger, undtagelser til hovedreglerne, sondringer, og flere love skal i mange situationer fortolkes i forhold til hinanden.

Anvendes der forkerte regler, eller fortolkes de rigtige regler forkert, kan det have betydelige konsekvenser for såvel en udlejer som for den lejer der ikke kan vurdere, om lejen, der skal betales, er gyldigt fastsat. Det er derfor nødvendigt og afgørende ved fastsættelse og ændring af huslejen, at parterne har kendskab til de gældende regler og deres samspil.

I artiklen redegøres der for, hvordan lovkomplekset – kludetæppet – er blevet til, og de gældende reglers anvendelsesområde fastlægges. Det vurderes endvidere, hvordan reguleringen medfører en uklar retstilstand, og hvordan udsigterne til og mulighederne for ændringer i retstilstanden tager sig ud. Der fokuseres alene på privat udlejning til beboelse, og kun lejeforhold, der er omfattet af lejeloven og boligreguleringsloven, inddrages.<sup>1</sup>

## 2. Huslejeregulering og aftalefrihed

Lejeretten er en del af formueretten og skal anvendes med udgangspunkt i almindelige aftaleretlige regler. Grundreglen i dansk ret er, at der er frihed til

<sup>1</sup> Indholdet af artiklen tager udgangspunkt i det forskningsarbejde, som jeg har udført i tilknytning til mit ph.d.-projekt under arbejdstitlen »Det lejedes værdi«. Ph.d.-afhandlingen færdiggøres i 2007.

at indgå formueretlige aftaler.<sup>2</sup> Lejelovgivningens regler om lejens fastsættelse ved lejeaftalens indgåelse, og fortolkningen af aftaler om lejebetaling, må således som udgangspunkt skulle afspejle dette. Dertil kommer naturligvis nødvendige hensyn til de særlige forhold, herunder den offentlige regulering, der har en væsentlig indflydelse på kontraktforhold omfattet af lejelovgivningen – fx fordelingspolitiske og sociale hensyn – fortrinsvis beskyttelsen af lejerens ret til en bolig, der matcher den enkeltes behov og betalingsevne, og mod stigende huslejer, men også incitamentet til modernisering og vedligeholdelse af ældre ejendomme og forøget byggeri. Varetagelsen af disse hensyn har i mange tilfælde overskygget hensynene til aftalefriheden og er i vid udstrækning forklaringen på, at huslejereguleringen har udviklet sig væk fra udgangspunktet gennem indførelse af forskellige præceptive lovregler afspejlende forskellige politiske behov og formål.

Siden 1.1.1980, hvor de gældende hovedlove trådte i kraft,<sup>3</sup> og indtil udgangen af folketingsåret 2005-2006 er der således gennemført 69 ændringslove til lejeloven og 54 ændringslove til boligreguleringsloven. Størstedelen berørte direkte eller indirekte det lovgrundlag, der regulerer parternes mulighed for at aftale lejens størrelse ved indgåelse eller ændring af en lejeaftale.

### 3. Huslejereguleringens udvikling

Den første danske lovregulering af lejeforhold skete i 1916 ved »Lov om Fastsættelse af Husleje«. Loven blev indført for at imødekomme forventede lejeforhøjelser grundet store stigninger i ejendommens driftsudgifter på baggrund af 1. verdenskrigs udbrud.<sup>4</sup>

I 1920'erne skete der en vækst i byggeriet, således at den boligmangel, der var opstået omkring 1. verdenskrig, blev mindre. I midten af 20'erne nåede man en situation, hvor der var blevet balance mellem priser, huslejer og omkostninger ved nybyggeri. Endvidere var der et stigende forbrug i samfundet. Disse forhold medførte, at der igen blev ledige boliger i byerne. Det førte til, at det ikke var muligt at opnå de huslejer, som var tilladte i henhold til den gældende lejeregulering. Specielt ældre boliger var svære at udleje, selvom lejeniveauet ikke udviklede sig.

<sup>2</sup> Jf. fx *Jul. Lassen*: Haandbog i Obligationsretten, almindelig del, 3. udg., 1917-1920, s. 33 f., *B. Gomard*: Almindelig kontraktsret, 2. udg., 1996, s. 14 f. og *Lennart Lynge Andersen m.fl.*: Aftaler og mellemmand, 5. udg., 2006, s. 19 ff.

<sup>3</sup> L 1979 237 (lejelov) – seneste LBKG 2007 188 og L 1979 238 (boligreguleringslov) – LBKG 2007 189. Herefter benævnt LL og BRL.

<sup>4</sup> L 1916 187. Lovforslag med bemærkninger i Rigsdagstidende 1915-1916, Tillæg A sp. 4703 ff.

Disse forhold medførte, at boligpolitikken i perioden ikke var fokuseret på lejereguleringen ud fra socialpolitiske hensyn, men at fokus i stedet lå på udvikling af nybyggeri. Væksten i boligbyggeri blev i starten af 30'erne til et byggeboom. Det skyldes, at man oplevede en række teknologiske gennembrud med deraf følgende muligheder for byggeri med ny teknik – fx centralvarme, badeværelser med varmt vand – og med krav om en langt lavere udnyttelsesgrad af byggegrundene.<sup>5</sup> Væksten ophørte dog i løbet af årtiet på grund af den verdensomspændende økonomiske krise.

### 3.1. Den første lejelov

I 1934 blev der af Indenrigsministeriet nedsat et udvalg med den opgave at udarbejde et lovforslag indeholdende almindelige regler om retsforholdet mellem ejer og lejer ved udleje af beboelseslejligheder og forretningslokaler gældende for hele landet. Betænkningen<sup>6</sup> indeholdt et udkast til Lov om Leje, som dannede grundlag for vedtagelsen af den første egentlige lejelov. Lejeloven for beboelseslejemål skulle være en mere permanent deklaratorisk regulering af forholdet mellem udlejer og lejer med udgangspunkt i parternes aftale. I en række tilfælde blev reglerne, bl.a. vedrørende huslejevilkårene, dog gjort beskyttelsespræceptive.<sup>7</sup>

På grund af 2. verdenskrigs udbrud kom lejereguleringen igen i fokus ud fra socialpolitiske hensyn. Belært af erfaringer ville man undgå lejestigningen på grund af boligmangel forårsaget af stop i byggeriet, stigende priser mv. På den baggrund blev der fra 1939 igen indføjet en række midlertidige reguleringer af mulighederne for at fastsætte og ændre huslejen.<sup>8</sup>

### 3.2. Efterkrigstiden

Efter krigen var der politisk enighed om, at der skulle bygges billige boliger grundet den lave vækst i byggeriet kombineret med stor befolkningstilvækst. Gennem 1950'erne og 60'erne var debatten i Folketinget præget af partiernes grundlæggende holdninger, der for venstrefløjens side betød en varetagelse af lejernes interesser, og højrefløjens mere liberale tankegang og støtte til udlejersiden. Den politiske debat gik hovedsageligt på, i hvilket omfang der skulle tillades huslejestigninger, og huslejestoppet dermed ophæves. De borgerlige

<sup>5</sup> *Boligministeriet: Boligmætning og huslejespænd – et debatoplæg*, 1993, s. 28, *Ellen Andersen, Poul Christian Matthiessen og Anders Ølgaard: Boligmasse og boligbyggeri i første halvdel af dette århundrede*, Økonomi og Politik nr. 2, 1989, s. 15 f.

<sup>6</sup> »Betænkning afgivet af Indenrigsministeriets Huslejeudvalg af 1934«.

<sup>7</sup> Jf. herom *Knud Jarner* i U 1936 B 236-240 med kommentar til udkast til lov om leje og indgrebet i kontraktfriheden.

<sup>8</sup> Se herom *O.I. Karsberg og A. Götzsche: Lejelovsbekendtgørelserne 1943*, s. 54 f.

partier i Folketinget havde allerede i begyndelsen af 1950'erne som mål at nå frem til et frit boligmarked med fri huslejedannelse og en forenkling af lejelovgivningen. På daværende tidspunkt retfærdiggjorde man misforholdet mellem intentionen og den gældende lovgivning med den eksisterende boligmangel. Men på grund af inflation og derved stigende priser og stigende rente havde huslejestoppet faktisk medført, at lejen for ældre boliger var væsentligt lavere end den almindelige prisudvikling – herunder for nybyggede boliger.

I 1951 blev der foretaget en sammenskrivning af den gældende lejelovgivning, og lejelovene fra 1937 med samtlige ændringer og tilføjelser blev ophævet.<sup>9</sup> I 1958 blev lejeloven igen revideret.<sup>10</sup> Boligmangel og fortsat inflation var argumentationsgrundlag for at bevare en restriktiv huslejeregulering i de store kommuner. Når huslejereguleringen ikke, som andre prisindgreb foranlediget af krigstid, blev ophævet, skyldes det formentlig også, at politikere regnede med en gentagelse af situationen fra mellemkrigsårene, hvor krigsperioden blev fulgt af en periode med nedgang i det almindelige prisniveau.<sup>11</sup> Men i stedet var der nu begyndt en vedvarende inflation.

### 3.3. Boligforligene

Den fortsatte huslejeregulering betød, at lejefastsættelsen ikke fulgte med prisniveauet i samfundet. I 1966 kunne huslejen maksimalt fastsættes til 65 procent over 1939-niveauet, hvor huslejestoppet blev indført. Det almindelige prisniveau var derimod tredoblet siden 1939.<sup>12</sup>

På baggrund af et boligforlig i Folketinget i 1966 gennemførtes en gennemgribende revision af lejelovgivningen i 1967.<sup>13</sup> Med forliget ønskede de »gamle« folketingspartier (Venstre, Radikale Venstre, Konservative Folkeparti og Socialdemokratiet) at gå bort fra reguleringspolitikken og søge at etablere et friere boligmarked. Der blev indført en lejelov og som supplement hertil en boligreguleringslov for de kommuner, hvor huslejereguleringen som udgangspunkt fortsat skulle gælde. Formålet med lovindgrebet var at afskaffe huslejespændene og etablere et grundlag for huslejefastsættelse, der skulle afspejle boligernes indbyrdes kvalitet. Selvom der kunne gennemføres betyde-

<sup>9</sup> L 1951 251. Se herom *Ib Lunøe: Lejeloven, 1958*, s. 28 f.

<sup>10</sup> L 1958 355. Begrænsningerne i mulighederne for at kræve lejeforhøjelser blev ophævet for helt små kommuner, og med de lidt større kommuners mulighed for at vedtage, at begrænsningerne heller ikke her skulle være gældende længere. Lovforslaget med bemærkninger i Folketingstidende 1958-1959, Tillæg A sp. 363 ff.

<sup>11</sup> *Boligministeriet, 1993: Boligmætning og huslejespænd – et debatoplæg* s. 105.

<sup>12</sup> *Boligministeriet, 1993: Boligmætning og huslejespænd – et debatoplæg* s. 106 f.

<sup>13</sup> Boligforliget af 18. januar 1966 – se *J. Brigsted i Juristen og Økonomen, 1966*, s. 309.

lige huslejestigninger for ældre udlejningsejendomme og gives huslejetilskud til nybyggerier, blev ingen af 1966-forligets målsætninger dog fuldt realiseret i forligsperioden. Huslejevorskellene blev tværtimod forøget på grund af den fortsatte kraftige inflation og rentestigninger.<sup>14</sup>

I folketingsåret 1972-1973 blev der igen begyndt forberedelser til en revision af lejelovene. Lejernes LO og Grundejernes Landsforbund fremlagde en principskitse, som baserede sig på princippet om omkostningsbestemt leje. I juni 1974 afgav Folketingets boligudvalg på baggrund deraf en betænkning, der efterfølgende dannede grundlag for et bredt forlig, der mundede ud i en række lovændringer, der blev gennemført i 1975.<sup>15</sup>

Lejefastsættelsen for alle lejemål i såvel regulerede som uregulerede kommuner skulle som udgangspunkt være fri igen.<sup>16</sup> Boligforligene i 1966 og 1974 må i forlængelse af hinanden begge betragtes som udtryk for et forsøg på at realisere den samme målsætning – nemlig i sidste ende indførelse af et frit boligmarked. Forsøget lykkedes dog ikke, og lovændringen i 1975 betød, at den midlertidige boligregulering ikke ophørte, idet man i stedet føjede endnu et nyt stykke på det kludetæppe, som lejelovgivningen efterhånden udgjorde ved indførelse af den omkostningsbestemte leje, hvorfor man stort set var lige vidt, hvad angik forenkling og smidighed i lejelovgivningen som før lovrevisionerne.

#### **3.4. Den gældende hovedlov og efterfølgende ændringer**

I 1977 blev der nedsat et lejelovsudvalg. Formålet med udvalgsarbejdet var at foretage en teknisk revision af lejelovgivningen. Udvalgets betænkning dannede grundlag for et lovforslag samme år, hvilket – med enkelte ændringer – blev vedtaget til ikrafttræden pr. 1.1.1980. Denne lovrevision blev også kritisk modtaget grundet manglende praktisk anvendelighed og forenkling.<sup>17</sup> Lovene indeholdt ikke nogen væsentlige ændringer af de grundprincipper for lejefastsættelse og regulering, som allerede fulgte af de hidtil gældende love.

I 1985 blev der igen opnået enighed mellem grundejer- og lejerorganisationer om et udkast til en ny lejelov for beboelseslejemål. I lovforslaget var indeholdt bestemmelser om, at den omkostningsbestemte leje indførtes for alle

<sup>14</sup> *Per Juul Larsen*: En analyse af de samfundsøkonomiske og fordelingsmæssige konsekvenser af den førte boligpolitik, med særligt henblik på den boligpolitiske målsætning og aktivitet i perioden 1966-76, s. 62 f. Se også *Det økonomiske Råd – Formandskabet: Boligmarkedet og boligbyggeriet – problemer og perspektiver*, 1970, s. 38 ff.

<sup>15</sup> L 1975 81 (boligreguleringslov) og L 1975 82 (lejelov).

<sup>16</sup> *Halfdan Krag Jespersen*: Lejeret 1, 1980, s. 92 f., og i Lejeret 2, 1980, s. 44, samt *Søren Ramsing* i *Justitia* 6/1994, s. 1 ff.

<sup>17</sup> Jf. *Halfdan Krag Jespersen* i *Juristen*, 1979, s. 351 ff.

lejemål i hele landet, dog således at der samtidig blev indført lempeligere regler for små ejendomme.<sup>18</sup> Lovforslaget blev afvist af regeringen og flertallet i Folketinget. Først i maj 1986 blev der fra regeringen udsendt et udkast til ny lejelov på baggrund af organisationernes udspil.<sup>19</sup> Dette lovforslag blev ikke vedtaget i den løbende folketingsamling, og der blev ikke senere gennemført nogen lovgivning på baggrund heraf.<sup>20</sup>

I midten af 1990'erne blev lejefastsættelsen frigivet for byggeri taget i brug efter 31.12.1991.<sup>21</sup> Et sådant tiltag kunne gennemføres politisk, fordi det private udlejningsbyggeri var gået i stå over en årrække på grund af økonomisk afmatning i samfundet – og der var ingen vælgere at tage hensyn til ved disse tiltag. Lovændringerne førte ikke til øget vækst, og det skærpede opmærksomheden på sammenhængen mellem mulighederne for lejefastsættelse og regulering i eksisterende boliger og i nybyggeri.<sup>22</sup> I 1994 blev der bl.a. på den baggrund gennemført endnu en væsentlig revision af lejelovene.<sup>23</sup> Revisionen var for de fleste dele et resultat af en rammeaftale mellem lejer- og udlejerorganisationerne. Som et led i lovens vedtagelse blev der nedsat en kommission, som skulle afgive betænkning indeholdende en revurdering af det samlede lejelovskompleks med henblik på en forenkling.<sup>24</sup>

I 1996, mens Lejelovskommissionen var nedsat,<sup>25</sup> blev der foretaget yderligere en væsentlig og indgribende ændring af reglerne om lejefastsættelse og regulering i BRL. Bl.a. blev reglerne om gennemgribende forbedrede lejemål indført, og grundlaget for lejefastsættelse ved indgåelse af lejeaftaler omfattet af BRL blev ændret, jf. nedenfor afsnit 4.2. Lovændringernes formål var hovedsageligt midlertidigt at stoppe et stigende lejeniveau i et stadigt stigende antal lejemål med »aftalt leje« (leje fastsat i forhold til det lejedes værdi) – med deraf følgende stigende udgifter til individuel boligstøtte.<sup>26</sup>

<sup>18</sup> Folketingstidende 1993-1994, Tillæg A sp. 1567 ff.

<sup>19</sup> Lovforslag 1986 56.

<sup>20</sup> Bl.a. fordi der fra en arbejdsgruppe under Boligministeriet var påvist nogle fundamentale problemer ved den model for beregning af boligleje, der indgik i lovforslaget, jf. *Niels Grubbe*: Erhvervslejeloven, 1993, s. 15 ff.

<sup>21</sup> L 1991 931.

<sup>22</sup> Se *Peter Wendt* i Huset 1/2005, s. 12-17.

<sup>23</sup> L 1994 419.

<sup>24</sup> Lejelovskommissionen. Betænkningen blev afgivet i 1997 – betænkning 1331/1997.

<sup>25</sup> Uden at kommissionen dog blev spurgt, jf. *Halfdan Krag Jespersen* i T:BB 1998.55 f.

<sup>26</sup> L 1996 461 – Folketingstidende 1995-1996, Tillæg A sp. 5217 f. om baggrunden for denne lovrevision.

#### 4. Huslejereguleringen i dag

Der er ca. 1 million lejligheder i Danmark, heraf er skønsmæssigt omkring 424.000 boliger udlejet efter LLs eller BRLs regler.<sup>27</sup> Inden for denne lovgivning er der tre gældende hovedprincipper for lejefastsættelse – omkostningsbestemt leje, det lejedes værdi, og fri leje (markedsleje).<sup>28</sup>

Som et resultat af opdelingen i to lejelove i 1967, jf. ovenfor, skal der fortsat, ved en fastlæggelse af hvilket grundlag for lejefastsættelse, der gælder for et givent lejemål, indledningsvis foretages en sondring mellem lejemål alene omfattet af LL og lejemål tillige omfattet af BRL. De kommuner, hvor BRL er gældende, jf. BRL § 1, kaldes også »regulerede« kommuner. Tilsvarende vil de kommuner, hvor BRL ikke gælder, kaldes »uregulerede«. LLs regler finder anvendelse ved siden af BRLs regler, hvor det ikke ligger implicit i den pågældende regel i BRL, at anvendelsen er afskåret. Det er således en betingelse, for at et lejemål kan være reguleret af BRL, at det er omfattet af LL, jf. BRL § 4, stk. 1. Omvendt finder BRLs regler i lovens kapitel II-VI ikke anvendelse for uregulerede lejemål, og det kan ikke aftales, at reglerne skal finde anvendelse.<sup>29</sup>

Inden for BRLs anvendelsesområde må der også sondres mellem »regulerede« og »uregulerede« ejendomme eller lejeforhold, jf. BRL § 4, stk. 2-5. Herefter er forskellige typer ejendomme, som følge af en række særregler, helt eller delvist fritaget for regulering, selv om ejendommen er beliggende i en reguleret kommune, jf. også nedenfor afsnit 4.2. Endvidere er det, i visse ejendomme for visse lejemål beliggende i regulerede kommuner, muligt at aftale, at lejen ikke skal reguleres efter hovedreglerne i BRL, jf. § 15a, og nedenfor afsnit 4.3.

Regelgrundlaget fordrer således, at der forud for fastsættelsen eller ændringen af lejen skal slås fast, hvilken »type« ejendom der er tale om, for at det rigtige regelsæt kan anvendes. Ofte vil denne undersøgelse af »ejendomsstypen« medføre en (nødvendig) gennemgang af historiske oplysninger om antal lejemål på et givent tidspunkt, tidligere lejefastsættelser samt af lejekontrakter. Det kan ofte give anledning til problemer af få adgang til disse oplysninger.

<sup>27</sup> Socialministeriet 2004. »Resten« er almene boliger og private andelsboliger.

<sup>28</sup> Ca. 79 % af de private udlejningsboliger skønnes at være omfattet af reglerne om omkostningsbestemt leje (herunder er medregnet de såkaldte småhusejendomme, som udgør ca. halvdelen), i cirka 16 % gælder reglerne om det lejedes værdi, og cirka 5 % af boligerne har fri lejefastsættelse.

<sup>29</sup> Jf. U 1990.489 Ø, hvor udlejer ikke fik godkendt en lejeforhøjelse på grundlag af stigninger i ejendommens driftsudgifter og kapitalafkastet i et ureguleret lejemål, og T:BB 2000.311 Ø, hvor lejen i lejeaftalen var aftalt reguleret omkostningsbestemt. Reguleringen var i strid med LL § 53, stk. 2, og dermed ugyldig.



ger – særligt efter ejerskifte – hvilket vil kunne have konsekvenser, såfremt lejens størrelse skal prøves i huslejenævnet. Ofte vil det betyde, at huslejenævnet fastsætter lejen efter det regelsæt, som må skønnes at være gældende for den pågældende ejendom og ud fra en række skønsmæssigt fastsatte forudsætninger, fx værdien af gennemførte forbedringer, faktisk pålignede skatter og afgifter mv., hvilket kan medføre, at ejendommen giver et væsentligt lavere afkast end forudsat af ejeren.<sup>30</sup>

#### **4.1. Lejefastsættelse efter LL – »det lejedes værdi«**

Bestemmelserne om det lejedes værdi er hovedgrundlaget for vurderingen af, hvilken leje der gyldigt kan aftales efter LL. Begrebet det lejedes værdi udspringer i dag af LL § 47, stk. 2, hvortil de øvrige bestemmelser i lejelovgivningen om anvendelsen af det lejedes værdi ved lejefastsættelse og regulering henviser.<sup>31</sup> Lejereguleringen efter LL kan kun ske efter bestemmelserne i LL kap. VIII (§§ 47-52), jf. LL § 53, stk. 2. Dog kan der i lejeperioden aftales, at lejen skal forhøjes med bestemte beløb til bestemte tidspunkter (»trappeleje«). Denne leje kan dog heller ikke overstige det lejedes værdi.

Det lejedes værdi – eller rettere »ikke væsentlig over« det lejedes værdi<sup>32</sup> – udgør den maksimale leje, som det er muligt gyldigt at aftale og opretholde for et lejeforhold omfattet af LL (men ikke BRL, jf. nedenfor). Dette maksimum fastlægges af huslejenævn og boligretter ud fra en vurdering af – et skøn over – hvad der til enhver tid kan anses at være en rimelig leje på bag-

<sup>30</sup> Jf. fx T:BB 2001.229 Ø, T:BB 2002.185 Ø og T:BB 2005.304 Ø.

<sup>31</sup> Stykkets 1.pkt. lyder: »Ved afgørelse efter stk. 1, 1. pkt., skal der foretages en sammenligning med den leje, som er almindeligt gældende i kvarteret eller området for tilsvarende hus og husrum med hensyn til beliggenhed, art, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsestilstand«.

<sup>32</sup> Jf. LL § 49, stk. 1, jf. LL § 47, stk. 1 og stk. 2. Indholdet af dette væsentlighedskrav er også forbundet med en række afgrænsningsvanskeligheder. Det er gennem retspraksis fastslået, at en væsentlig afvigelse fra det lejedes værdi kan foreligge, når den gældende leje afviger med 10-15 % fra den leje, som svarer til det lejedes værdi, jf. fx *Halfdan Krag Jespersen* i *Lejeret 2*, 1989, s. 116, *Dons og Bang: Omkostningsbestemt leje og forbedring*, 3. udg., 1997, s. 259, *Karin Laursen: Erhvervslejeret*, 2003, s. 133 f., *Niels Grubbe: Erhvervslejeloven*, 1993, s. 51, *Preben Bang Henriksen og Stephan Muurholm: Erhvervslejeretten*, 1997, s. 95 og *Niels Gesner: Erhvervslejeret*, 2. udg., 1993, s. 57. Hvordan beregningen af afvigelsen fra det lejedes værdi skal ske, er endda forbundet med usikkerhed, jf. hertil U 2004.1996 Ø. Forskellige beregningsmetoder fører naturligvis også til, at der ikke umiddelbart kan fastlægges nogen fast procentsats, selvom der ikke er vægtige grunde, der ellers tilsiger, at dette ikke skulle kunne lade sig gøre. Om en afvigelse på fx 12 % er væsentlig eller uvæsentlig kan have stor betydning for særligt udlejer, idet nedsættelse af lejen kan medføre, at forrentningen falder betydeligt.

grund af en sammenligning med sammenlignelige lejemål.<sup>33</sup> Det lejedes værdi er med andre ord en retlig standard, der skal afspejle, hvad der er den sædvanlige og rimelige leje for et givent lejemål, ud fra en sammenligning ifølge de omstændigheder, som fremgår af LL § 47, stk. 2. Det er svært at definere nærmere, hvordan der i praksis er sondret mellem de i LL § 47, stk. 2, indeholdte omstændigheder, herunder hvilken særlig betydning de enkelte omstændigheder måtte have haft i en konkret tvist, idet huslejenævn og domstolene ofte ikke begrundet det skøn, som de foretager ved deres ansættelse af det lejedes værdi for et givent lejemål (efter en sammenligning med andre lejemål). Det er på den baggrund forbundet med stor usikkerhed at forsøge at forudsige, hvad det lejedes værdi for et givent lejemål udgør på et givent tidspunkt.

Der kan ikke generelt ansættes økonomiske værdier for enkelte forhold i et lejemål, hvor lejen er omtvistet og/eller i lejemål, der sammenlignes med det omtvistede. En enkelt af de i LL § 47, stk. 2, nævnte omstændigheder er sjældent alene af afgørende betydning, og alle omstændighederne indgår sjældent med vægt i samme sag. Der er tale om en samlet bedømmelse. Sammenfattende kan de fleste forhold, der i den konkrete sammenligning skal tillægges betydning, beskrives som de forhold, der giver lejereren en værdi af det lejede – en udvidet benyttelse, ressourcebesparelse, eller som har øget lejerens sikkerhed. Det vil sige, de forhold som ved en gennemført forbedring af lejemålet – fx nyt badeværelse eller køkken – ville have en værdi, der kunne begrunde en lejeforhøjelse. Dertil kommer forhold, der er sværere at værdisætte, såsom værdien af lejemålets beliggenhed.

I LL § 47, stk. 1, litra a-g, samt i LL § 47, stk. 2, 2. pkt., er der en række lejemål og lejeforhold omfattet af LL – og hvor lejen som udgangspunkt også skal fastsættes i forhold til det lejedes værdi – som ikke kan indgå i den sammenligning, der skal foretages ved lejefastsættelse efter LL § 47, stk. 1, 1. pkt., jf. LL § 47, stk. 2, 1. pkt. Disse undtagelser skyldes, at der ved andre særlige love eller lovbestemmelser i LL er indført muligheder for at få tilskud til gennemførelse af lejeforhøjelser og forbedringer – fx gennem lov om byfornyelse - hvorefter huslejen ikke længere (alene) afspejler det lejedes værdi. Disse undtagelser er tilføjet LL § 47, stk. 1, og stk. 2, 2. pkt., som »knopskud«, i takt med at de særlige lovbestemmelser, der medfører en begrænsning i sammenligningsgrundlaget, er indført.<sup>34</sup> At flere af disse lovbestem-

<sup>33</sup> Defineret sådan i Betænkning 1331/1997 s. 105, og i »Redegørelse fra Ekspertgruppen vedr. Lejelovkommissionens modererede lejelovsmodel«, Socialministeriet 2004, s. 36.

<sup>34</sup> Litra b og c blev indsat ved L 1982 706. Et litra d blev indsat ved L 1992 475 med ikrafttræden 1.7.1992. Med samme ikrafttrædelsesdato indsattes ved L 1992 1048 i litra d ordene »uden fradrag af tilskud«. Nuværende litra d blev indsat ved L 1994 418 (hvorved

melser efterfølgende er ophævet eller ændret, fører til komplikationer, når det skal vurderes, om et lejemål fortsat er omfattet af reglerne (fx efter genudlejning).

En række lejeforhold omfattet af LL er ikke reguleret med udgangspunkt i hovedreglen om det lejedes værdi. I henhold til LL § 47a skal lejen for ustøttede private plejeboliger, jf. LL § 1, stk. 5, til enhver tid være fastsat således, at den svarer til det lejedes værdi, som fastsættes ved en sammenligning med støttede ældre-/plejeboliger i kommunen. For ejendomme, hvis opførelse er finansieret med indekslån efter § 2, stk. 1, nr. 9, i lov om indeksregulerede realkreditlån, kan lejen fastsættes således, at den samlede lejeindtægt kan dække ejendommens nødvendige driftsudgifter på tidspunktet for ejendommens opførelse med tillæg af afkastet af ejendommens værdi, jf. LL kap. VIII A. LL §§ 47-49 og det lejedes værdi finder dermed ikke anvendelse for disse lejemål. Endvidere er der en række undtagelser for nyere ejendomme, jf. nedenfor afsnit 4.3.

Det lejedes værdi anvendes også som grundlag for lejefastsættelsen i ejendomme beliggende i regulerede kommuner, hvor mere end 80 % af ejendommens bruttoetageareal den 1.1.1980 anvendtes til andet end beboelse, jf. BRL § 4, stk. 3. Tillige sker lejereguleringen i »accessoriske enkeltværelser«<sup>35</sup> i regulerede kommuner efter reglerne i LL kapitel VIII, jf. BRL § 4, stk. 4. Det gælder for alle accessoriske enkeltværelser – også i »småhuse«<sup>36</sup>. For lejemål omfattet af BRL § 5, stk. 1 – indgået før 1.7.1996 – er maksimallejen også det lejedes værdi.

---

de tidligere litra d og e blev til litra e og f). Ved L 1997 382 indsattes nugældende litra e (hvorved de hidtidige litra e og f blev til litra f og g) – som følge af ny lov om byfornyelse med ikrafttræden 1.1.1998. Ordlyden af litra a blev ændret ved L 1994 419. LL § 47, stk. 2, 2. pkt., 2. led er indsat ved L 1988 831. 3. led er dels indsat ved L 1991 234, dels ved L 1991 931, der indførte LL § 53, stk. 3-9 (om markedslejefastsættelse i visse ejendomme, jf. nedenfor afsnit 4.3).

<sup>35</sup> Accessoriske enkeltværelser er værelser i en del af udlejerens beboelseslejlighed – eller en del af et en- eller tofamilieshus, som udlejeren bebor. Det særlige ved lejereguleringen for disse værelser er, at de er frit opsigelige, jf. LL § 82, hvilket betyder, at udlejer principielt kan opsigte, såfremt lejeren ikke accepterer en lejeforhøjelse – eller såfremt lejeren indbringer lejens størrelse for huslejenævnet. I regulerede kommuner er der dog begrænsninger i opsigelsesretten i tilfælde, hvor en opsigelse fra udlejerens side skønnes foranlediget ved eller at stå i forbindelse med forsøg på at opnå en urimelig leje eller andre ubillige lejevilkår, jf. BRL kap. V.

<sup>36</sup> Lejen skal ikke fastsættes efter BRL § 29c. Det ville heller ikke være umiddelbart muligt, idet der ikke vil kunne findes sammenlignelige accessoriske enkeltværelser, hvor lejen var fastsat omkostningsbestemt, jf. tilsvarende *Malene Værum: Den retlige regulering af enkeltværelser*, 1999, s. 32 (note 58).

Det lejedes værdi skønnedes i 2003 at danne grundlag for lejefastsættelsen i ca. 69.000 boliger. Heraf udgjorde de gennemgribende forbedrede lejemål (BRL § 5, stk. 2) »80/20 ejendomme«, og værelser i regulerede kommuner ca. 16.000, mens resten (ca. 53.000) lå i ejendomme i uregulerede kommuner.<sup>37</sup> Antallet af gennemgribende forbedrede lejemål antages stadig at være stigende,<sup>38</sup> mens antallet af øvrige lejemål, der indgår i den nævnte statistik, formentlig stagnerer, idet der ikke umiddelbart kommer flere nettolejemål til i disse kategorier.

#### *4.1.1. Lejeforhøjelser i forhold til det lejedes værdi*

I de lejemål, hvor lejen reguleres af det lejedes værdi, herunder gennemgribende forbedrede lejemål udlejet efter BRL § 5, stk. 2, jf. nedenfor afsnit 4.2.2, kan der kræves lejeforhøjelse, når den gældende leje er væsentligt lavere end det lejedes værdi, jf. LL § 47, stk. 1 og stk. 2.

Ligesom det generelt er svært at vurdere størrelsen af det lejedes værdi for et givent lejemål, er det ikke muligt at opstille nærmere generelle regler for, hvornår det lejedes værdi kan siges at have ændret sig (væsentligt). Der kan ikke knyttes beregnelige, økonomiske reguleringsmekanismer til at forudsige udviklingen i begrebet. Der kan dog konstateres en udvikling i niveauet for det lejedes værdi på den simple baggrund, at lejeforhøjelser gennemføres.<sup>39</sup> Det forhold, at den aftalte leje kan afvige, men ikke væsentligt, fra det lejedes værdi, medfører også, at det er muligt at forskyde lejeniveauet opad. Hvad der udgør begrundelsen for en sådan faktisk udvikling, er det svært at beskrive nærmere, og hvor der fx ikke er tale om lejeforhøjelser på baggrund af gennemførte forbedringer, hvor der ikke er sket en lejeforhøjelse på grundlag af anvendelsen af reglerne i LL kap. X, eller BRL kap. IV. For så vidt angår BRL § 5, stk. 2-lejemål, vil lejeniveauet i et vist omfang være stigende i takt med, at kvaliteten af sådanne lejemål tilsvarende øges. Hvis startlejen i disse lejemål kan ansættes højt, vil det kunne have en afsmittende effekt på andre

<sup>37</sup> »Redegørelse fra Ekspertgruppen vedr. Lejelovskommissionens modererede lejelovsmodel«, Socialministeriet 2004, s. 86.

<sup>38</sup> En undersøgelse fra 2000 viste, at ca. hver 5. genudlejning efter 1.7.1996 i regulerede kommuner skete til det lejedes værdi, jf. BRL § 5, stk. 2 – se »En spørgeskemaundersøgelse gennemført af By- og boligministeriet«, jf. By- og boligministerens besvarelse af Boligudvalgets spørgsmål 4 af 14.4.2000 ad forslag til lov om ændring af lov om leje og forskellige andre love – L 226, bilag 6 og bilag 13. En anden stikprøvebaseret undersøgelse fra By- og boligministeriet – i 1999 – viste, at cirka hver femte af de i undersøgelsen undersøgte ejendomme indeholdt en eller flere boliger, der var udlejet efter BRL § 5, stk. 2, og at lejen i disse boliger var steget med ca. 44 pct., eller kr. 200,- pr. m<sup>2</sup>, i perioden 1996-1999. Kilde: Socialministeriet 2004.

<sup>39</sup> Betænkning 1331/1997 – bilag 1, s. 59.

lejemål, selvom der ved en sammenligning skal korrigeres for forskelle lejemålene imellem.

Gennemførelse af lejevforhøjelser i forhold til det lejedes værdi er således også forbundet med vanskeligheder, da det, medmindre udlejer har et vel dokumenteret sammenligningsgrundlag, som anført er svært at foruddiskontere, om, og i givet fald hvor meget, det lejedes værdi har ændret sig i forhold til den gældende leje. Tilsvarende kan lejereren have svært ved at vurdere, om lejen er væsentligt højere end det lejedes værdi, og lejereren kan have svært ved at få adgang til et relevant sammenligningsgrundlag til dokumentation herfor. Dog kan lejereren »gratis« få prøvet lejen i huslejenævnet – kun begrænset af reglen i LL § 49, stk. 4.<sup>40</sup> Udlejereren skal igennem en varslingsprocedure, jf. LL § 48.

Sammenfattende kan det konkluderes, at anvendelsen af det lejedes værdi som grundlag for lejefastsættelse og lejeregulering er kompliceret og svært tilgængelig for såvel udlejereren som lejereren og retsmyndigheder i øvrigt, der skal fastsætte lejen efter disse regler for et givent lejemål.

#### 4.2. Lejefastsættelse efter BRL

BRL indeholder regler, der, i modsætning til reglerne i LL, direkte foreskriver, hvordan lejefastsættelsen ved lejeaftalens indgåelse skal ske, og derved begrænses aftalemulighederne mere væsentligt. Lejens størrelse beror på en beregning og ikke på et skøn som det lejedes værdi. Hovedreglen for lejefastsættelse i lejemål omfattet af BRL er § 5, stk. 1, og dermed »den omkostningsbestemte leje«.<sup>41</sup> Ifølge BRL § 5, stk. 1, 2. pkt., kan den omkostningsbestemte leje forhøjes med et forbedringstillæg.<sup>42</sup> Bestemmelsen indeholder således en hjemmel til at forhøje den beregnede leje, udover den omkostnings-

<sup>40</sup> Sag om nedsættelse af lejen skal indbringes inden 1 år efter det tidspunkt, lejen eller den forhøjede leje første gang skal betales. Indbringelse af sagen er pålagt et mindre gebyr – i 2007 kr. 121,00, jf. VEJL 2006 82.

<sup>41</sup> Bestemmelsens ordlyd: »Ved lejeaftalens indgåelse må lejen ikke fastsættes til et beløb, som overstiger det beløb, der kan dække ejendommens nødvendige driftsudgifter, jf. § 8, og afkastningen af ejendommens værdi, jf. § 9. For lejemål, som er forbedret, kan der til lejen efter 1. pkt. lægges en beregnet forbedringsforhøjelse, jf. dog stk. 2«.

<sup>42</sup> Lovteksten anvender formuleringen en »forbedringsforhøjelse«, hvilket egentligt er misvisende, idet der ikke, i forbindelse med fastsættelse af lejen ved indgåelse af lejeaftalen, er tale om, at der sker en forbedringsforhøjelse. Mere korrekt kan det beskrives som et forbedringstillæg, jf. også *Dons og Bang*: Omkostningsbestemt leje og forbedring, 3. udg., 1997, s. 42.

bestemte lejefastsættelse, på grundlag af en beregning over gennemførte individuelle forbedringer i det lejede<sup>43</sup>.

Separate værelser – klubværelser – beliggende i regulerede kommuner følger reglerne om den omkostningsbestemte lejefastsættelse, jf. BRL § 4, stk. 4, jf. stk. 1, såfremt værelset ikke er beliggende i en »80/20 ejendom«<sup>44</sup> eller i et »småhus«.<sup>45</sup> For separate værelser i disse to ejendomstyper sker lejereguleringen efter de regler, der gælder for ejendommen i øvrigt (henholdsvis LL kapitel VIII og BRL kapitel IV A). For separate værelser i regulerede kommuner skal der således i et vist omfang ske lejefastsættelse efter det lejedes værdi i stedet for omkostningsbestemt.

For lejemål omfattet af BRL kap. II reguleres den gyldige lejefastsættelse også af bestemmelsen i BRL § 5, stk. 8, hvorefter der ikke ved en lejeaftales indgåelse kan aftales en leje eller lejevilkår, der efter en samlet bedømmelse er mere byrdefulde for lejeren end de vilkår, der gælder for andre lejere i ejendommen. I forhold til lejefastsættelsen kan det give anledning til tvist – fx hvor forskellige lejemål i ejendommen er lejet ud på forskellige tidspunkter og/eller efter forskellige (og gyldige) regler.<sup>46</sup> Bestemmelsen er præceptiv, og den kan ikke fraviges ved aftale.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> BRL indeholder ingen regler, der beskriver forbedringsbegrebet. Hvorvidt der foreligger en forbedring, der gyldigt kan danne grundlag for beregning af et tillæg til den omkostningsbestemte leje i 2. pkt., må afgøres efter samme forbedringsbegreb som i LL (§ 58, stk. 2 og stk. 1), jf. U 2005.903 H, *Dons og Bang*: Omkostningsbestemt leje og forbedring, 3. udg., 1997, s. 42 og s. 167, *Anne Louise Husen*: Boliglovene, 4. rev. udg., 2004, s. 94, *Ejendomsforeningen Danmark*: Ejendomsadministration, 2. udg., 2001, bind 1, s. 177 f. Se også forarbejderne til ændringen af BRL § 5, stk. 1, pr. 1.7.1996 – Folketings-tidende 1995-1996, Tillæg A sp. 5220. Ved L 2000 406 blev der i BRL § 5, stk. 2, indføjet en direkte henvisning til LL § 58 i lovteksten. I bemærkningerne til lovforslaget blev det anført, at der derved var tale om en præcisering af, at der ved opgørelse af den samlede forbedringsudgift alene medregnes udgifter, som vedrører arbejder eller dele af arbejder, der har medført en egentlig forøgelse af lejemålets brugsværdi – Folketingstiden- de 1999-2000, Tillæg A sp. 6248 f.

<sup>44</sup> Klubværelser anses i den forbindelse som beboelse, jf. U 2001.1417 Ø (T:BB 2001.395).

<sup>45</sup> Lejemålene er »delvist reguleret«, idet reglerne i BRL kapitel V og VI finder anvendelse, jf. *Malene Værum*: Den retlige regulering af enkeltværelser, 1999, s. 28 ff. BRL kapitel V indeholder i § 31 en henvisning til LL § 49.

<sup>46</sup> Spørgsmålet skal ikke forfølges yderligere her; men et eksempel kunne være udlejninger i samme ejendom af ens moderniserede lejemål efter henholdsvis BRL § 5, stk. 1, og BRL § 5, stk. 2, og jf. fx U 1997.1037 H, U 1997.1042 H, T:BB 2005.149 Ø, T:BB 2005.195/2 Ø, T:BB 2005.495 Ø og T:BB 2006.322 Ø. Se også *Dons og Bang*: Omkostningsbestemt leje og forbedring, 3. udg., 1997, s. 55. Om bestemmelsen mere generelt: *Ehlers og Blom*: Kommentar til lejelovene, bind II, 1976, s. 28 f, *Kallehaug og Blom*:

#### 4.2.1. Lejeforhøjelser i lejemål hvor lejen er fastsat omkostningsbestemt

I medfør af BRL § 7, stk. 1, kan der, i lejemål hvor lejen er fastsat efter BRL § 5, stk. 1, kræves en lejeforhøjelse, hvis lejen ikke kan dække ejendommens nødvendige driftsudgifter, jf. BRL § 8, og afkastningen af ejendommens værdi, jf. BRL § 9. Der er på samme måde som ved lejefastsættelsen ved lejeaftalens indgåelse tale om, at der skal ske en beregning af lejen som grundlag for fastsættelse af lejens størrelse efter lejeforhøjelsen. Hvorvidt der er grundlag for at gennemføre en lejeforhøjelse, beror således ikke umiddelbart på skønsmæssige faktorer, herunder lejen i tilsvarende lejemål (i andre ejendomme).

Den leje som ved lejeaftalens indgåelse er fastsat efter BRL § 5, stk. 1 – korrekt beregnet omkostningsbestemt leje samt forbedringstillæg – kan godt overstige det lejedes værdi, idet der ikke i § 5, stk. 1, er hjemmel til at nedsætte lejen, fordi den måtte overstige det lejedes værdi.<sup>48</sup> Ved varsling af omkostningsbestemte lejeforhøjelser under lejeforholdets forløb kan forhøjelsen, som der er grundlag for i BRL § 7, stk. 1, dog ikke kræves, såfremt lejen efter forhøjelsen vil overstige det lejedes værdi, jf. BRL § 7, stk. 2.

Derved får LLs regler om det lejedes værdi også betydning for lejemål, hvor lejen i øvrigt er beregnet. Det må dog samtidig følge af reglerne i BRL kap. II, at der ikke kan ske en lejeforhøjelse i forhold til det lejedes værdi i tilfælde, hvor den omkostningsbestemte leje og et eventuelt forbedringstillæg er mindre end det lejedes værdi. LL § 47 kan således ikke anvendes direkte som hjemmel til regulering af lejens størrelse under lejeforholdets forløb for lejemål omfattet af BRL § 5, stk. 1. Anvendelsesområdet for § 7, stk. 2, og det lejedes værdi vil for disse regulerede lejemål være de tilfælde, hvor beregningen af driftsbudgettet i øvrigt må anses at være korrekt, men hvor slutlejen (efter lejeforhøjelsen) alligevel skønnes at være for høj. Det kunne fx være i højt vurderede (i 1973), ældre, dårligt vedligeholdte ejendomme med utidsvarende installationer,<sup>49</sup> eller nu nedslidte forbedringer lavet i højrenteperioden i 1980'erne.

Henset til at det må kunne lægges til grund, at lejen ved lejemålets indgåelse, ifølge BRL § 5, stk. 1, fastsættes uafhængigt af LLs regler, og dermed LL § 49, må det være sådan, at en påberåbelse af, at lejen overstiger det lejedes værdi under lejeforholdets beståen, heller ikke kan medføre en nedsættelse af

---

Kommentar til lejelovene, bind II, 1980, s. 28 f., og *Halfdan Krag Jespersen* i *Juristen*, 1979, s. 370 og s. 374, og *samme* i *Lejeret* 1, 1989, s. 100 f.

<sup>47</sup> U 1991.616 Ø.

<sup>48</sup> T:BB 2002.294 Ø.

<sup>49</sup> *Kallehaug og Blom*: Kommentar til lejelovene, bind II, 1980, s. 38 ff.

lejen til et beløb lavere end, hvad der følger af BRL § 5, stk. 1.<sup>50</sup> Med andre ord danner en gyldig fastsat leje efter denne bestemmelse, bortset fra varslingsituationen, »undergrænsen« for, hvor langt ned der er hjemmel til at regulere lejen, selvom det lejedes værdi altså måtte anses for at være lavere endnu.

I lejeforhold i ejendomme, hvor kapitalafkastet er beregnet efter BRL § 9, stk. 3 eller stk. 4, skal den korrekt beregnede omkostningsbestemte leje ikke nedsættes i forbindelse med en beregnet lejeforhøjelse, selvom den overstiger det lejedes værdi.

#### 4.2.2. *Gennemgribende moderniserede lejemål*

For visse lejemål omfattet af BRL kan lejen fastsættes i forhold til det lejedes værdi, jf. BRL § 5, stk. 2. Denne hjemmel til lejefastsættelse i forhold til det lejedes værdi for lejemål beliggende i regulerede områder blev indført ved en lovændring, som også ændrede BRL § 5, stk. 1, således at den omkostningsbestemte leje blev indført som maksimalleje i lejemål reguleret efter BRL, jf. ovenfor.<sup>51</sup> Lovgiver ændrede § 5, stk. 1, ud fra en forudsætning om, at den hidtidige formulering af bestemmelsen kunne udgøre hjemmel til en mere eller mindre fri lejefastsættelse i forhold til det lejedes værdi, hvilket ikke havde været tilsigtet. Derved blev der fjernet et umiddelbart incitament for udlejere til at modernisere deres udlejningsejendomme og lejemål, idet muligheden for lejefastsættelse nu blev begrænset til omkostningsbestemt leje med et forbedringstillæg, hvilket i de fleste tilfælde ville være et noget lavere beløb end det lejedes værdi, fortrinsvis på grund af de begrænsninger i grundlaget for beregning af afkast mv., som reglerne om den omkostningsbestemte leje medfører. Da lovgiver samtidig fortsat ønskede, at der var en »gulerod« for udlejere, der kunne formå dem til at modernisere – og få lov at kræve en fornuftig leje til forrentning af investeringen – indførtes BRL § 5, stk. 2.<sup>52</sup> Der blev herved givet udlejer mulighed for at kræve en skønsmæssigt fastsat – og i de fleste tilfælde som nævnt højere – leje end efter BRL § 5, stk. 1, når en række kriterier var opfyldt. Kriterierne er i dag indeholdt i BRL § 5, stk. 3-6.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Jf. også *Dons og Bang*: Omkostningsbestemt leje og forbedring, 3. udg., 1997, s. 248.

<sup>51</sup> Ved L 1996 461. Ikrafttræden 1.7.1996.

<sup>52</sup> Folketingstidende 1995-1996, Tillæg A sp. 5220 f.

<sup>53</sup> Stykkerne indeholder en række økonomiske kriterier for omfanget af moderniseringen, krav til grundlaget for vurdering af lejefastsættelsen og et krav om, at der skal gives meddelelse til de øvrige beboere i ejendommen herom, bl.a. med oplysning om, at beboerne kan fremsætte krav om gennemførelse af manglende vedligeholdelse af ejendom-



Som BRL § 5 er udformet i dag, vil der som udgangspunkt være frit valg for udlejer til ved genudlejning at fastsætte lejen som omkostningsbestemt leje med forbedringstillæg – eller i forhold til det lejedes værdi, når betingelserne derfor er til stede. Med andre ord må udlejer kunne vælge lejefastsættelse efter stk. 1, selvom lejemålet er gennemgribende moderniseret.<sup>54</sup> Overstiger lejen efter § 5, stk. 1, det lejedes værdi, vil udlejer altså ikke være begrænset til at sætte lejen i overensstemmelse hermed, medmindre dette følger af den lejeaftale, som parterne har indgået, og som vil forpligte parterne i så henseende.<sup>55</sup> Det er også umiddelbart muligt at varsle omkostningsbestemt lejeforhøjelse for lejemål, hvor lejen er fastsat efter § 5, stk. 2, i en ejendom, hvor der tillige er lejemål omfattet af § 5, stk. 1.<sup>56</sup> Dog må det kunne opstilles som en betingelse, at man faktisk har beregnet og kan udskille den omkostningsbestemte leje fra den samlede leje, der er aftalt i lejekontrakten. Såfremt der er aftalt en særlig lejeregulering i lejekontrakten – trappeleje (hvilket ofte er tilfældet for lejeaftaler, hvor lejen er fastsat efter § 5, stk. 2) – er det også tvivlsomt, om dette umiddelbare udgangspunkt kan fastholdes.<sup>57</sup>

---

men, førend udlejningen kan ske efter stk. 2 (se BRL § 5, stk. 3). Konsekvensen af, at kravene ikke opfyldes, vil være, at lejen skal fastsættes efter BRL § 5, stk. 1.

<sup>54</sup> *Ejendomsforeningen Danmark: Ejendomsadministration*, 2. udg. 2001, s. 70.

<sup>55</sup> *Dons og Bang: Omkostningsbestemt leje og forbedring*, 3. udg., 1997, s. 47 og KARNOV særtryk: *Leje- og boliglove*, 2006, s. 122 (note 31).

<sup>56</sup> *Anne Louise Husen: Boliglovene*, 4. rev. udg., 2004, s. 71.

<sup>57</sup> I T:BB 2004.409 B angik sagen lejeforhøjelse efter reglerne om omkostningsbestemt leje i en ejendom med lejemål, hvor lejen ved lejemålets påbegyndelse var fastsat til omkostningsbestemt leje med tillæg af beregnet forbedringsforhøjelse, såvel som lejemål, hvor lejen ved lejemålets påbegyndelse var fastsat til det lejedes værdi efter gennemgribende forbedring, jf. BRL § 5, stk. 1, henholdsvis stk. 2. Lejeforhøjelser efter begge disse bestemmelser skulle holdes uden for ved beregningen af, om lejen kunne dække ejendommens driftsudgifter og afkastningen, jf. § 7, stk. 1. Lejemål med forbedringer efter § 5, stk. 1, (beregnet forbedringstillæg), og lejemål efter § 5, stk. 2 (forøget brugsværdi), skulle have beregnet samme lejeforhøjelse som lejemål uden forbedringer, jf. BRL § 10, stk. 3. Retstilstanden må på grundlag af denne dom være, at den leje som opkræves udover den omkostningsbestemte leje, fordi lejen kan fastsættes efter det lejedes værdi i medfør af BRL § 5, stk. 2, skal holdes uden for beregningen af, om der kan gennemføres en lejeforhøjelse, jf. BRL § 7, stk. 1. Samtidig følger det af dommen, at de gennemgribende moderniserede lejemål kan bære deres forholdsmæssige del af den omkostningsbestemte lejeforhøjelse, der kan varsles for ejendommen. Det vil sige, at udlejer kan kræve lejeforhøjelse, også i lejemål omfattet efter BRL § 5, stk. 2, når betingelserne i BRL § 7, stk. 1, er opfyldt. Den samlede leje – og dermed egentligt også det lejedes værdi – stiger, selvom det egentlig ikke er den skønsmæssigt fastsatte del af lejen, der ændres.

#### 4.2.3. Lejefastsættelse i »småhuse«

For lejemål i ejendomme i regulerede kommuner, som den 1.1.1995 omfattede 6 eller færre beboelseslejligheder, gælder der nu særlige regler.<sup>58</sup> Det har medført, at der skal foretages endnu en lejeretlig sontring, når det skal slås fast, efter hvilke regler og hvordan lejen for et givent lejemål skal fastsættes. I henhold til forarbejderne var baggrunden for at overføre de mindre ejendomme fra BRLs lejberegningsregler til LLs regler – med modifikationer, jf. straks nedenfor – især et ønske om at lette administrationen af disse ejendomme. Grundet begrænsningen i størrelsen af de ejendomme, der er omfattet af denne regulering, kaldes de »småhuse«.<sup>59</sup>

For de beskrevne ejendomme, hvis opførelse ikke er finansieret med indekslån (efter § 29, stk. 2, i lov om realkredit), gælder reglerne om ændring af lejevilkår i LL kapitel VIII. Det vil sige, at *principperne* for regulering efter det lejedes værdi skal anvendes. Der knytter sig efter BRL § 29c nogle særlige betingelser til vurderingen af det lejedes værdi og dermed til grundlaget for lejefastsættelsen i disse lejemål. Lejen i disse ejendomme kan således ikke væsentligt overstige den leje, der betales for tilsvarende lejeforhold med hensyn til beliggenhed, art, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsestilstand omfattet af reglerne i BRL kapitel II-IV, og hvor lejen er reguleret efter § 7. Dette sammenligningsgrundlag kan være vanskeligt at få hold på. Den omkostningsbestemte leje kan variere for i øvrigt stort set ens ejendomme/ lejemål. Eksempelvis vil den omkostningsbestemte leje (inkl. beregnede forbedringsforhøjelser) være langt højere i ejendomme, som efter opførelsen har fået installeret centralvarme, dobbelte ruder og bad, end lejen er i de (nyere) ejendomme, som er »født« med disse installationer.<sup>60</sup>

Såfremt der ikke findes sammenlignelige lejemål, hvor lejen er reguleret efter BRL § 7,<sup>61</sup> eller såfremt lejens størrelse for sammenlignelige lejemål må

<sup>58</sup> Primo 2003 fandtes der ca. 142.000 småhus-lejemål. Socialministeriet 2003.

<sup>59</sup> Tilsvarende gælder disse regler for ejendomme som ejes af andelsboligforeninger, såfremt der i ejendommen er 6 eller færre beboelseslejligheder, der er udlejet af andelsboligforeningen.

<sup>60</sup> *Ejendomsforeningen Danmark*: Ejendomsadministration, 2. udg., 2001, s. 171.

<sup>61</sup> Lejen skal være *reguleret* efter BRL § 7. At lejen er fastsat omkostningsbestemt, jf. BRL § 5, stk. 1, er ikke tilstrækkeligt. Formålet må være at sikre, at der er tale om sammenligning med en leje, som faktisk er beregnet omkostningsbestemt, og som har gennemgået en varsling over for lejerne, som dermed har haft mulighed for at gøre indsigelse (i en situation, hvor de principielt ikke kan opsiges), og således at kravet om lejeændring kan have været prøvet i huslejenævnet. Det må også betyde, at der ikke kan ske sammenligning med lejemål, der er genudlejet med en leje dokumenterbart fastsat efter et budget for den pågældende ejendom (og eventuelt prøvet i huslejenævnet på baggrund heraf);

anses for at være atypisk, kan huslejenævnet, i henhold til BRL § 40, indhente oplysninger om ejendommens driftsudgifter mv. og på grundlag af disse oplysninger ansætte den leje, som ville kunne opkræves, hvis lejen skulle beregnes efter BRL § 7, jf. BRL § 29c, 4. pkt. – på grundlag af et »skyggebudget«. Dette led i bestemmelsen skal regulere de tilfælde, hvor det ikke er muligt at foretage en sammenligning med sammenlignelige lejemål, for derved at fastslå om den aftalte leje væsentligt afviger fra det lejedes værdi.<sup>62</sup>

I forbindelse med indførelsen af reglerne for småhuse, pr. 1.1.1995, blev der i loven<sup>63</sup> indsat en særlig overgangsbestemmelse i § 4, stk. 11, med følgende ordlyd: »For lejeforhold i ejendomme, som den 1. januar 1995 omfattede 6 eller færre beboelseslejligheder, indgået inden denne dato, hvor lejen er fastsat efter § 5 i lov om midlertidig regulering af boligforholdene, kan lejeren ikke kræve lejen nedsat«. Til overgangsordningen knyttede sig to betingelser: at huslejen var fastsat i henhold til BRL § 5, og at lejeaftalen, hvorefter huslejen fastsættes efter § 5, var (er) indgået *inden* den 1.1.1995.<sup>64</sup> I korte træk var hensynene bag denne ordning at beskytte den udlejer, som, i forventning om at kunne opkræve den aftalte leje, havde foretaget en gennemgribende modernisering af en lejlighed.<sup>65</sup> Betingelserne knyttede sig således ikke kun til den første udlejning, men gjaldt/gælder, indtil niveauet for den omkostningsbestemte leje har indhentet lejen for det pågældende lejemål. Overgangsordningen kunne således fortsætte også efter genudlejning, hvilket betyder, at der fortsat kan være småhuse, hvor lejen skal fastsættes i henhold til BRL § 5, stk. 1, som den var gældende pr. 1.1.1995, hvilket igen betyder en lejefastsættelse i forhold til det lejedes værdi – med den vanskelige tilføjelse, at lejemål, som lejeværdien skal ansættes i forhold til, som udgangspunkt skal være omfattet af samme bestemmelse. Formentlig drejer det sig dog ikke om ret mange lejemål.

Nybyggede ejendomme (efter 1.1.1995) med mindre end 7 lejligheder vil have status som småhuse. For lejemål i småhusejendomme, der er taget i brug

---

men som har gennemgået en lejeregulering *forud* for, at den nuværende lejer er flyttet ind.

<sup>62</sup> Jf. fx U 2006.2530 H.

<sup>63</sup> L 1994 419.

<sup>64</sup> Boligudvalget betænkning af 5.5.1994, og Folketingstidende 1993-1994, Tillæg B sp. 1277 f. (Spørgsmål til Boligministeren fra Boligudvalget – bilag 2, sp. 17).

<sup>65</sup> Heri ligger der formentlig en tredje betingelse for, at lejeforholdet er omfattet af overgangsreglen, jf. *Erik Aagaard Poulsen* i T:BB 2004.467 f. (på side 468). Det var dog ikke i medfør af den før 1.7.1996 gældende BRL § 5, stk. 1, nogen lovhjemlede krav om, at fastsættelsen af lejen kun kunne ske aftalemæssigt efter det lejedes værdi i tilfælde af en *vis* modernisering.

efter 31.12.1991, kan lejen fastsættes til markedslejen, jf. LL § 53, stk. 3.<sup>66</sup> Ordningen med fri lejefastsættelse for nyindrettede boliger i uudnyttede tagetager gælder således også småhusene. Indeksfinansierede småhusejendomme er omfattet af reglerne i LL § 53a-e.

### **4.3. Fri lejefastsættelse**

Ifølge LL § 53, stk. 3-5, kan LL §§ 47-52 kun fraviges, når lejeforholdet angår lejeaftaler om beboelseslejligheder i ejendomme, der er taget i brug efter den 31.12.1991, samt i lejeforhold vedrørende en beboelseslejlighed, der den 31.12.1991 lovligt udelukkende benyttedes til erhvervsformål, jf. BRL kapitel VII. Det samme gælder, såfremt lokalerne, senest forinden denne dato, lovligt var benyttet udelukkende til, eller lovligt var indrettet udelukkende til, erhvervsformål. Det skal af lejeaftalen fremgå, at lejemålet er omfattet af denne fravigelsesmulighed.

Endvidere kan §§ 47-52 fraviges ved udlejning til helårsbeboelse, når lejeforholdet angår en nyindrettet beboelseslejlighed eller et nyindrettet enkeltværelse i en tagetage, som den 1.9.2002 ikke var benyttet til eller registreret som beboelse. Det samme gælder lejligheder og enkeltværelser i nypåbyggede etager, hvortil der er givet byggetilladelse efter den 1.7.2004. Det skal ligeledes af lejeaftalen fremgå, at lejemålet er omfattet af denne fravigelsesmulighed.

Reglerne om den omkostningsbestemte leje kan tilsvarende fraviges ved lejefastsættelse i beboelseslejligheder i ejendomme, der er taget i brug efter den 31.12.1991, og som ellers som udgangspunkt ville være omfattet af reguleringen, jf. BRL § 15a. Ligeledes ifølge BRL § 15a kan reglerne fraviges, når lejeforholdet angår en beboelseslejlighed, der den 31.12.1991 lovligt udelukkende benyttedes til erhvervsformål. Det skal af lejeaftalen fremgå, at lejemålet er omfattet af fravigelsesmuligheden. Det samme gælder, såfremt lokalerne senest forinden denne dato lovligt var benyttet udelukkende til, eller lovligt var indrettet udelukkende til, erhvervsformål.

Reglerne kan også fraviges ved udlejning til helårsbeboelse, når lejeforholdet angår en nyindrettet beboelseslejlighed eller et nyindrettet enkeltværelse i en tagetage, som den 1.9.2002 ikke var benyttet til eller registreret som beboelse. Det samme gælder lejligheder og enkeltværelser i nypåbyggede etager, hvortil der er givet byggetilladelse efter den 1.7.2004. Også i disse tilfælde

<sup>66</sup> Ved indførelsen af L 2002 1090 blev dette udtrykkeligt fastsat i BRL § 29c, 5. pkt. Se Folketingstidende 2002-2003, Tillæg A sp. 1216 ff., hvor det bl.a. i lovforslaget er anført, at »... Hermed udelukkes enhver hidtidig tvivl om, hvorvidt den fri lejefastsættelse, jf. lejelovens § 53, stk. 3-5, omfatter boliger i små ejendomme«.

skal det fremgå af lejeaftalen, at lejemålet er omfattet af fravigelsesmuligheden.

Lejen i de nævnte lejemålstyper kan fastsættes til markedslejen. Markedsleje svarer ikke til det lejedes værdi, selvom den leje, som kan fastsættes ud fra begreberne, ikke nødvendigvis afviger væsentligt fra hinanden. Markedslejen kan fx beskrives som den leje, man ville kunne udleje til, hvis lejemålet var tomt og skulle genudlejes, og der ikke fandtes lovmæssige begrænsninger for fastsættelsen af lejens størrelse.<sup>67</sup> Lejefastsættelsen til markedslejen reguleres alene af aftalelovens regler, hvilket primært vil sige aftalelovens § 36, jf. BRL § 15a, stk. 5.<sup>68</sup>

Konsekvensen af manglende aftale om fravigelse af LL §§ 47-52 (eller BRL § 5-14, jf. BRL § 15a) vil være, at lejen i de beskrevne lejemål også skal fastsættes med udgangspunkt i reglerne om det lejedes værdi, henholdsvis for lejemålene beliggende i områder, hvor BRL gælder, skal lejen i denne situation dog fastsættes efter hovedreglen om omkostningsbestemt leje, idet LLs regler om det lejedes værdi ikke umiddelbart finder anvendelse her.

## 5. Huslejereguleringens fremtid

Redegørelsen for udviklingen af huslejereguleringen gennem tiden, og særligt den omfattende – nødvendige – belysning af det gældende lovgrundlag for forskellige ejendomme og lejemålstyper, bekræfter, at huslejereguleringen, såvel som nok også lejelovgivningen som en helhed, kan betragtes som et kludetæppe af lovregler, som det er svært at finde rundt i.

Det lejedes værdi fastsættes på grundlag af en sammenligning med lejens størrelse i (visse) andre lejemål. Sammenligningen skal ske skønsmæssigt og konkret for hvert lejemål, såfremt der ikke er tale om flere helt ens lejemål. Som anført ovenfor er det ud fra disse noget uklare forudsætninger en vanskelig opgave at fastslå, hvad det lejedes værdi udgør. Det betyder samtidig, at der heller ikke kan opstilles en formel for, hvordan lejen for et givent lejemål skal fastsættes, eller hvornår der er grundlag for en lejenedsættelse eller

<sup>67</sup> Jf. *Anne Louise Husen: Boliglovene*, 4. rev. udg., 2004, s. 59. Definitionen på markedslejen i erhvervslejeloven er (§ 13 stk. 1, 2. pkt.): »Ved markedslejen forstås den leje, som en kyndig lejer og en kyndig udlejer på varslingstidspunktet ville aftale for det pågældende leje forhold, blandt andet under hensyntagen til vilkår, lokalernes beliggenhed, anvendelse, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsestilstand«. Markedslejebegrebet i erhvervslejeloven adskiller sig også fra det lejedes værdi ved at være et mere nutidigt begreb end det lejedes værdi, idet markedslejen fastsættes i forhold til udlejningsvilkårene på varslingstidspunktet, og derved at der ikke gælder regler om særlige bevismidler, jf. bemærkningerne til lovforslaget – Folketingstidende 1999-2000, Tillæg A sp. 966 ff.

Se også *Karin Laursen: Erhvervslejeret*, 2003, s. 108.

<sup>68</sup> Se fx T:BB 2004.198 Ø.

en lejeforhøjelse. Det materielle indhold af begrebet skabes gennem den sammenligning, der skal foretages, idet det vil være forholdene i andre lejemål end det faktisk omtvistede, der normerer niveauet for den leje, der gyldigt kan fastsættes.

For så vidt angår de lejemål, hvor lejen skal fastsættes omkostningsbestemt og dermed beregnes, burde usikkerhedsmomenterne ikke være så store. Dog er der også i forhold til disse lejemål knyttet væsentlige usikkerhedsmomenter til fastlæggelsen af grundlaget for lejefastsættelsen, og det skyldes ikke bare eventuelle problemer med at fastslå, under hvilken bestemmelse i BRL lejefastsættelsen hører – fx efter en vurdering af hvor mange lejemål en ejendom indeholdt på et givent tidspunkt. Uklarheden i retstilstanden kan relatere sig til hvilke, og i hvilket omfang, givne driftsudgifter, der er »nøvendige«, jf. BRL § 8, men kan også relatere sig til spørgsmål om, hvilken andel af en udgift, efter gennemførelse af ændringer af en ejendom, der relaterer sig til forbedring, og hvilken udgift der kan relatere sig til »sparet« vedligeholdelse – f. eks. ved udskiftning af eksisterende installationer til nye mere tidssvarende – det kunne være termoruder eller et nyt køkken.<sup>69</sup> Et vedligeholdelsesfradrag i den udgift, som en udlejer har anvendt til forbedring, kan være berettiget, men uklarheden om hvordan et sådant fradrag skal fastsættes, medfører ikke desto mindre, at en forventet forrentning af en investering måske ikke kan opnås, hvilket igen kan medføre, at udlejere bliver tilbageholdne med at gennemføre vedligeholdelse og forbedringer af deres ejendomme.

Forskellen på, om lejen kan fastsættes efter BRL § 5, stk. 2, eller den skal fastsættes efter § 5, stk. 1, kan være få tusinde kroner i afholdte udgifter. Eller få tusinde kroner som »mangler«, efter at huslejenævnet, eller boligretten, ved et skøn har vurderet på forøgelsen af det lejedes værdi efter en gennemført forbedring.<sup>70</sup> Vurderingen af det lejedes værdi i sager, hvor BRL § 5, stk. 1 og stk. 2, er i spil, vil ofte være meget uigennemskuelig, idet der er tale om, at der skal skønnes over forøgelsen af det lejedes brugsværdi efter en gennemført forbedring (jf. LL § 58, stk. 2 og stk. 1) samtidig med en vurdering af det lejedes værdi (jf. LL § 47 stk. 2, jf. stk. 1). Det er ikke muligt at give nogle endegyldige retningslinjer for, hvordan der skal sondres mellem de to begrebsanvendelser, hvilket betyder, at der sjældent på forhånd kan laves en præcis kalkulation af afkastet af en investering i en forbedring af en given ejendom. Man kan afhængig af synsvinklen betragte problemstillingen som et

<sup>69</sup> Se fx *Marianne Dons* i Festskrift til Dansk Selskab for Boligret, 1996, s. 81 ff.

<sup>70</sup> Jf. fx *Huset* 1999/11 s. 14, hvor forskellen på udlejning efter BRL § 5, stk. 1 og stk. 2, kunne være en forrentning på henholdsvis 9 % (stk. 1) og 22 % (stk. 2). Forskellen i eksemplet afhæng af, hvor stort et vedligeholdelsesfradrag huslejenævnet skønnede, at der skulle foretages.

led i den beskyttelse af lejerer, som lejelovgivningen lægger op til, eller en i retspraksis skabt hindring for opfyldelse af lovens formål om at få øget incitamentet til forbedring af udlejningsejendomme.

Reglen i BRL § 29c er en særregel til udgangspunktet om omkostningsbestemt lejefastsættelse i BRL § 5, stk. 1, og lejefastsættelse til det lejedes værdi, jf. BRL § 5, stk. 2, og reglen har, som beskrevet ovenfor, medført, at der skal foretages endnu en sontring og afgrænsning for at fastslå, hvilken hjemmel, der skal anvendes som grundlag for lejefastsættelse og regulering for et lejemål omfattet af BRL. Reglen i BRL § 29 c har i praksis givet anledning til fortolkningsproblemer, og det kan umiddelbart konkluderes, at formålet med indførelsen af reglerne ikke, eller kun i mindre omfang, er nået. Måske har reglerne lettet administrationsbyrden i det daglige vedrørende småhuse, men noget der er nok så interessant, for såvel udlejere og lejere, er at kunne »administrere« fastsættelsen af lejen, således at den bliver korrekt. Lovgiver har tilsyneladende ikke været opmærksom på, at der i mange områder ikke vil være åbenlyse sammenligningsmuligheder, og man har måske ikke været opmærksom på spektret af småhuse (fra enfamilieshuse på landet til lejligheder på strøget).<sup>71</sup>

Det væsentligste problem, som denne komplekse lovregulering fører til, er, at der i næsten hver eneste udlejningssituation vil være væsentlige usikkerhedsmomenter forbundet med at få fastsat den reelt rigtige (gyldige) leje for et givent lejemål. Det medfører, ud fra såvel retspolitiske synspunkter som mulighederne for at opnå procesbesparelser, at det i stedet for en forenkling af indholdet af de gældende bestemmelser er relevant at diskutere, om regelsættet skal afskaffes som grundlag for lejefastsættelse og lejeregulering, som led i en forenkling af lejelovgivningen og en tydeliggørelse af det forudsætningsvise udgangspunkt om aftalefrihed.

En rent juridisk vurdering af alle disse forhold skal naturligvis afvejes i forhold til de fordelings-, samfundspolitiske og økonomiske hensyn, der ellers gør sig gældende på dette område. Den umiddelbart letteste måde at afskaffe eller forenkle systemet på ville være en overgang til »fri« lejefastsættelse (markedsleje) for alle beboelseslejemål, som det er sket ved erhvervslejeloven som hovedreglen for alle lejemål, der udlejes til andet end beboelse. Hvorvidt en sådan overgang samtidig vil være procesbesparende kan dog fortsat diskuteres, i forhold til de erfaringer der kan drages på grundlag af de tvister, der er opstået i medfør af erhvervslejeloven – fx i forhold til omfanget af bevisførelse i tvister om markedslejefastsættelse.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Jf. også *Hans Engberg* i T:BB 2003.106.

<sup>72</sup> Se fx *Karin Laursen*: Erhvervslejeret, 2003, s. 106 ff., *Niels Gangsted-Rasmussen* i U 2004 B 397 og *T:BB 2006 233* samt *Preben Bang-Henriksen* i T:BB 2005 473.

Løsningsmulighederne afhænger naturligvis også i høj grad af, hvilket politisk standpunkt, man tager. Ethvert tiltag, der forrykker den økonomiske balance mellem udlejer og lejer, vil påkalde sig væsentlig opmærksomhed såvel i Folketinget som i befolkningen generelt – der ligger, ideologier eller ej, mange stemmer hos udlejere og ikke mindst hos lejerne!

Den borgerlige regering, der kom til magten i 2001, gav en form for garanti til vælgere (lejerne) for, at der ikke blev ændret ved lejereguleringen for ældre ejendomme (taget i brug før 31.12.1991). Samme garanti blev gentaget ved valget i februar 2005, og senest i folketingssamlingen 2005-2006 har Socialministeren udtalt, at en ændring af lejereguleringen fortsat ikke indgår i regeringens planer.<sup>73</sup>

### 5.1. Tiltag til ændringer

En kommission og en ekspertgruppe har tidligere beskrevet de juridiske og økonomiske konsekvenser af en eventuel ændring af lejelovgivningens regler om lejefastsættelse og regulering, således at regelsættet generelt blev mindre kompliceret end efter de eksisterende regler. Redegørelserne fra disse enheder indeholder nogle velovervejede forslag til forenklinger af lejelovgivningen, men har ikke dannet direkte grundlag for nogen ændringer af LL eller BRL. Umiddelbart fordi den politiske vilje til at gennemføre ændringerne ikke har været til stede.

Lejelovskommissionen, der blev nedsat i 1994, afgav i 1997 betænkning (1331/1997). Betænkningen indeholdt en række forslag til ændringer og forenklinger af lejelovgivningen, og betænkningen dannede blandt andet grundlag for Lov om leje af Almene boliger, der trådte i kraft 1.7.1998.<sup>74</sup> Kommissionens medlemmer blev dog aldrig enige om et samlet forslag til forenkling af lejelovgivningen for privat udlejede beboelseslejemål. Bl.a. var der ikke enighed om, i hvilket omfang en ny lovgivning skulle indeholde regler, der maksimerede huslejens størrelse.

»Ekspertgruppen vedrørende Lejelovskommissionens modererede lejelovsmodel« blev nedsat i 2001. Formålet med gruppens arbejde var at fær-

<sup>73</sup> Jf. fx i et svar til Folketingets Boligudvalg – BOU alm. del, svar på spm. 29, fra Socialministeren af 23.2.2006: »... Lad mig indledningsvist bemærke, at regeringen ikke har planer om at fjerne huslejereguleringen for de ældre udlejningsboliger, der nu er omfattet af boligreguleringsloven. Regeringens oprindelige løfte til vælgere fra valgkampen i 2001 om ikke at give huslejen fri blev gentaget i den seneste valgkamp...«. Spørgsmålet vedrørte en anmodning om en redegørelse fra Ministeren for, om der, ved en overgang fra omkostningsbestemt leje til markedsleje, ville være balance mellem indtægter og udgifter for det offentlige.

<sup>74</sup> I dag LBKG 2007 187. Indført ved L 1997 968.



diggøre en af Lejelovskommissionens beskrevet »modereret« model for forenkling af lejelovgivningen med henblik på at fremlægge et forslag til en fuldt beskrevet model, som kunne indgå i den da siddende regerings kommende drøftelser vedrørende indholdet i en lejelovsrevision. Ekspertgruppens redegørelse fremkom i november 2004, og den indeholdt et mere gennemarbejdet forslag til en ændring af lejelovgivningen, herunder specielt huslejereguleringen. Blandt andre forslag indeholdt redegørelsen, med udgangspunkt i Lejelovskommissionens betænkning, forslag til, hvorledes lejefastsættelsen for en række lejemål i de regulerede kommuner – af en vis kvalitet – kunne overgå til markedslejefastsættelse, forslag til ændring af småhusreglerne, samt overgang til markedslejefastsættelse for lejemål i uregulerede kommuner.

Et nyere lejelovsforslag udarbejdet af to professorer fra Københavns Universitet på foranledning af Ejendomsforeningen Danmark (der repræsenterer udlejere i forhandlinger om lejelovsændringer)<sup>75</sup> indeholder en sammenskrivning af lejelovene, som, efter opdragsgivernes opfattelse, skulle kunne danne grundlag for forhandlinger om en forenkling og tilpasning af den gældende lejelovgivning. Forslaget indeholder dog ikke nogen ændringer i det gældende huslejereguleringssystem – udover en ændring vedrørende BRL Kap. IV A (om småhuse) – i erkendelse af, at der ikke synes at være politisk grundlag for at ændre de eksisterende regler om lejefastsættelse og regulering på nuværende tidspunkt. Lejerrepræsentanterne har dog forholdsvis hurtigt, efter at lovforslaget blev offentliggjort, taget afstand fra dette som grundlag for forhandlinger om ændringer i lejelovgivningen.<sup>76</sup> Forhandlingerne synes i skrivende stund at være blevet »parkeret« i Socialministeriet, uden at der er tegn på, at de vil føre til noget konstruktivt.<sup>77</sup>

En ophævelse af reglen i BRL § 29c ville have som konsekvens, at lejen for lejemål, der er omfattet af reglen i dag, vil blive omfattet af BRL § 5. Al-

<sup>75</sup> Peter Mortensen og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen: Forslag til lov om lejeaftaler, 2005. Se i tilknytning hertil Karin Laursen og Lars Langkjær: Spot på Lejelovene, 2006.

<sup>76</sup> Se fx et brev til Socialministeren fra Bodil Kjærum, formand for Danmarks Lejerforeninger, og Klaus Hansen, formand for Lejernes LO, af den 3.10.2005 vedrørende forhandlingerne om forenkling af lejelovgivningen.

<sup>77</sup> I en skrivelse til Folketingets Boligudvalg af den 1.7.2005 (Boligudvalget, 2. samling, BOU alm. del – Bilag 50) oplyste Socialministeren, at der var taget initiativ til at indkalde repræsentanter fra både lejer- og udlejersiden til et møde i Socialministeriet i august 2005 for at skabe et oplæg, der gav mulighed for en teknisk forenkling af lejelovgivningen gennemført med bred politisk opbakning. Dette initiativ vedrørte tilsyneladende ikke huslejereguleringen, og det har ikke umiddelbart ført til, at der er taget væsentlige skridt mod en lovrevision siden.

ternativt skulle lejen for lejemålene fastsættes efter det lejedes værdi, jf. LL § 47-49, hvilket ville bibeholde det oprindelige formål om, at der ikke skulle udarbejdes driftsbudgetter for disse lejemål, således at administrationen fortsat var lempelig. Såfremt lejen skulle fastsættes til det lejedes værdi i lejemål hidtil omfattet af BRL § 29c, ville det i de fleste tilfælde medføre, at lejen ville stige – nogen steder væsentligt. Det ville ske som en konsekvens af, at sammenligningsgrundlaget ikke længere ville være bundet af den omkostningsbestemte leje i området. Det ville kunne medføre en ændring i den økonomiske balance mellem lejer og udlejer, som man nødvendigvis skal inddrage i overvejelserne. Dette kunne måske opvejes ved gennemførelse af en (kortere) overgangsordning, hvorefter lejen i en periode alene kunne forhøjes i forhold til fx pristal. Derved kunne en række tvister, som en regelændring som den beskrevne måske nok ellers ville føre til, formentlig i vid udstrækning undgås.

## 6. Afsluttende bemærkninger

Det synes ikke at være svært for nogen part at medgive, at de eksisterende regler for huslejeregulering er omfattende og komplicerede. Gennemgangen af regelgrundlaget dokumenterer dette. Men selv om disse forhold råber til himlen, forholder det sig anderledes, når det skal diskuteres, om og hvordan reglerne skal ændres. Her spiller de forskellige hensyn og politiske ideologier ind, og emnet bliver meget følsomt i den politiske debat. Fordi der er tale om et meget ugenomsigtigt juridisk område, hvor konsekvenserne af ændringer kan være svære at gennemskue – også de økonomiske – og fordi det er et emne, hvorom politikernes holdning utvivlsomt kan flytte stemmer. Ændringer i reglerne kræver derfor utvivlsomt en meget bred politisk opbakning, som også de tidligere gennemførte boligforlig har foreskrevet det. Historien viser endvidere, at udlejer- og lejerorganisationerne skal på banen i forhandlingerne – og blive enige. I de seneste år har det dog været stort set umuligt at få disse parter til forhandlingsbordet sammen, og organisationerne har haft mere travlt med at angribe hinanden på principperne og forsvare deres særinteresser end med at arbejde konstruktivt sammen.

Spørger man økonomerne, er der ingen tvivl om, at de samfundsøkonomiske forhold tilsiger, at huslejereguleringen kan afskaffes, således at markedsøkonomien i stedet vil tilpasse markedet og regulere prisfastsættelsen også på lejeboliger. Det vil i store træk skulle ske ved, at lejefastsættelsen gives fri for alle lejemål<sup>78</sup>. Den ovenfor beskrevne udvikling af huslejereguleringen turde

<sup>78</sup> Jf. fx et Arbejdsrapport 2001:4 fra Det økonomiske Råd – *Svend Jespersen og Jacob Roland Munch*: »Hvem har glæde af huslejereguleringen?«, Velfærdskommissionens analyserapport, 2006, »Fremtidens velfærd – vores valg«, kapitel 12: »Et frit og dereguleret

dog påberåbes som argument for, at problemstillingen er lidt mere nuanceret end som så – set fra en juridisk og politisk synsvinkel – men som beskrivelsen også dokumenterer, er det heller ikke lykkedes at finde andre løsninger, som det har været muligt politisk at gennemføre. Ser man på samfundet og samfundsudviklingen i dag, er det heller ikke let at pege på en given tidligere periode for udviklingen på boligområdet, som vi kan sammenligne nutiden med. Det er også altid lettest efterfølgende.

Fokuseringen på boligområdet i dag – på det private udlejningsmarked – er primært rettet mod den forskel, der efterhånden er på prisen på fast ejendom og udviklingen af denne, og det samtidigt mulige opnåelige lejeniveau, som grundet huslejereguleringen ikke har udviklet sig tilsvarende. Det betyder på den ene side, at lejere modsat boligejere ikke har fået andel i de værdistigninger på fast ejendom, som vi har oplevet gennem de senere år, og på den anden side, at udlejere har svært ved at få forrentet deres investeringer i udlejningsejendomme, som også er steget i pris. Det øger samtidig fokuseringen på mulighederne for at kræve lejeforhøjelser. Lejelovgivningen sætter et kunstigt loft over den husleje, som maksimalt kan kræves for et lejemål. Det kan forvride efterspørgslen, fx hvor lejemål i to ejendomme, der på grund af forskellige forhold er prissat forskelligt, og umiddelbart ikke har helt samme kvalitet, skal udlejes til samme husleje på grund af de gældende reglers udformning. Alt i alt kan det konkluderes, at boligmarkedet i Danmark anno 2007 i hvert fald ikke er i balance.

I stedet for at vurdere på disse faktorer og de overordnede muligheder for at få gennemført en mere omfattende revision af huslejereguleringen skulle man måske i stedet se på retstilstanden inden for enkelte områder – fx småhusreglerne i BRL, eller en »frigivelse« af lejen for flere typer ejendomme, hvor der fx var gennemført en modernisering af et givent omfang – måske en yderligere liberalisering af grundlaget for udlejning efter BRL § 5, stk. 2 – for derved langsomt at nærme sig en mere ensartet og tidssvarende regulering af grundlaget for lejefastsættelse og ændring i lejelovgivningen.

Netop disse forslag virker nok ikke attraktive for lejerne, da den omfattende lovregulering giver en omfattende beskyttelse mod lejestigninger, og da kompleksiteten og uklarhederne ofte fører til en fortolkning til fordel for lejeren ud fra forudsætningen om, at lejelovgivningen er funderet på sociale be-

---

boligmarked«, og sammenfattende på de økonomiske analyser af lejeboligmarkedet i Danmark gennem de seneste år – *Anders Hede* i *Samfundsøkonomen* nr. 4, oktober 2006, s. 35-39: »Hvorfor har politikere ikke lyttet til økonomernes råd om huslejeliberalisering?« med kritik af mange økonomers grundlag for at anbefale en deregulering og afskaffelse af huslejereguleringen, og med henvisninger til yderligere litteratur om emnet.

skyttelseshensyn. Det ser under alle omstændigheder ud til, at vi må leve med kludetæppet også et stykke ud i fremtiden, og dermed er risikoen for, at der bliver føjet et par lapper mere til, i stedet for at nogen bliver fjernet, absolut også til stede.

# Personskadebegrebet i dansk og international luftret

– kan transportøren holdes ansvarlig for passagerens psykiske skader?<sup>1</sup>

af

*Kenneth Melancton Nielsen*

## 1. Indledning

Den 27. december 1991 kl. 08.47 littede en SAS-maskine af typen McDonnell Douglas DC-9-81 (MD-81) fra Arlanda lufthavnen ved Stockholm. Med 123 passagerer om bord var kursen for flight SK 751 sat mod Københavns Lufthavn i Kastrup. I forbindelse med takeoff hørte luftkaptajnen en unormal lyd, som han ikke kunne identificere. Lyden registreredes af fartøjets lydregistrator som en svag brummen. Efter ca. 25 sekunders flyvning opfattedes smæld, vibrationer og ryk i luftfartøjet. Omkring 1 minut senere ophørte den ene af fartøjets to motorer med at levere fremdrift. 2 sekunder efter første motors havari ophørte også den anden motor med at levere fremdrift. På tidspunktet for det sidste motorhavari var luftfartøjets indikerede fart 363 km/t, og fartøjet befandt sig i ca. 1000 meters højde. Eftersom fartøjet nu var uden motorkraft, forberedte besætningen en nødlanding på en mark. Under nødlandingen kolliderede fartøjet med nogle trætoppe, hvorved størstedelen af højre vinge faldt af. Fartøjet ramte jorden med bagenden først og gled 110 meter hen ad marken, inden det standsede. Ved nedslaget og den efterfølgende opbremsning deltes fuselagen i tre, men der opstod ikke brand. Samtlige ombordværende overlevede styrtet. Nogle få med alvorlige skader, mange med småskader og alle med en oplevelse, der kan mærkes resten af livet.<sup>2</sup>

Ovennævnte hændelsesforløb er enhver flypassagers værste mareridt. Ulykker inden for luftbefordring af passagerer er ofte meget dramatiske, og

<sup>1</sup> Artiklen baserer sig på betragtninger, som senere offentliggøres i redigeret form i forfatterens ph.d.-afhandling.

<sup>2</sup> Alle informationer er med forbehold. Der henvises til den officielle havarirapport (Rapport C1993:57), som er udarbejdet af den svenske havarikommission for Civil Luftfart. Se [www.havkom.se](http://www.havkom.se). Det bør nævnes, at Gottröra-ulykken fra 1991 i denne artikel alene er anvendt i illustrativ henseende. Artiklen har således på ingen måde tilknytning til erstatningsopgøret efter ulykken.

udover de rene fysiske skader vil der for mange også opstå psykiske skader. Spørgsmålet, som denne artikel forsøger at svare på, er, om en lufttransportør i henhold til dansk og international luftret kan holdes erstatningsansvarlig for en passagers psykiske skader.

## 2. Regelkomplekset

Reguleringen af den civile luftfart finder sted på tre niveauer: et nationalt niveau, et regionalt niveau og et globalt niveau.

Fundamentet for den *nationale* luftfartslovgivning er lov om luftfart.<sup>3</sup> Loven danner rammerne for reguleringen af den civile luftfart i Danmark, og dens 9. kapitel vedrører befordring med luftfartøj. Bestemmelserne i kapitlet gælder dog ikke i det omfang, en given befordring omfattes af områdets EU-forordninger, jf. LUF § 90, stk. 2.

På *regionalt* niveau eksisterer to EU-forordninger om luftfartsselskabers erstatningsansvar i tilfælde af ulykker.<sup>4</sup> Forordningerne har forrang for dansk lovgivning og gælder umiddelbart i hver medlemsstat for borgere og virksomheder i deres EU-retlige form.

For både den nationale og den regionale regulering gør det sig gældende, at de er baseret på to *globale* konventioner. Warszawakonventionen<sup>5</sup> fra 1929 er tiltrådt af over 150 stater og regulerer blandt andet lufttransportørens passageransvar. Konventionen udgør med sine mange parter et særdeles vigtigt element i den internationale privatret. Adskillige tillægsprotokoller og private aftaler modificerer konventionens oprindelige regler, og det samlede regelsæt – der bedst kan betegnes som et juridisk kludetæppe – benævnes Warszawasystemet. Montrealkonventionen<sup>6</sup> fra 1999 var ment som en erstatning for det komplicerede Warszawasystem. Denne konvention, der i forhold til den oprindelige Warszawakonvention indeholder væsentligt ændrede passageran-

<sup>3</sup> Hovedlov nr. 252 af 10. juni 1960. Senest lovbekendtgørelse nr. 1484 af 19. december 2005 om luftfart, som ændret ved lov nr. 538 og 542 af 8. juni 2006. Herefter forkortet LUF.

<sup>4</sup> Rådets forordning (EF) nr. 2027/97 af 9. oktober 1997 om luftfartsselskabers erstatningsansvar i tilfælde af ulykker, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 889/2002 af 13. maj 2002. Disse forordninger må ikke forveksles med Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 261/2004 af 11. februar 2004 om fælles bestemmelser om kompensation og bistand til luftfartspassagerer ved boardingafvisning og ved aflysning eller lange forsinkelser og om ophævelse af forordning (EØF) nr. 295/91.

<sup>5</sup> Convention pour l'unification de certain règles relatives au Transport aérien international, signé à Varsovie, le 12 Octobre 1929.

<sup>6</sup> Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, Montreal, 28 May 1999.

svarsregler, er hidtil ratificeret af lidt over 70 stater.<sup>7</sup> Montrealkonventionen fungerer på grund af det lave antal deltagende stater endnu ikke som en decideret erstatning for Warszawasystemet, og indtil videre gælder de to regelsæt således sideløbende.

### 3. Personskadebegrebet

I henhold til *LUF § 106, 1. pkt.* er transportøren ansvarlig, hvis en passager bliver dræbt eller lider skade på legeme eller helbred som følge af en ulykke, der er indtruffet om bord i et luftfartøj eller i forbindelse med ind- eller udstigning.

I relation til emnet for denne artikel er det vendingen »skade på legeme eller helbred,« som er interessant. Centralt i bestemmelsen står den fysiske skade, som uden tvivl er erstatningsberettiget. Om det samme gør sig gældende for psykiske skader er mere tvivlsomt. De danske domstole har endnu ikke taget stilling til spørgsmålet, og en teoretisk fortolkning af bestemmelsen må derfor være første skridt i retningen mod et svar.

Fortolkningen af *LUF § 106, 1. pkt.* må foretages ved hjælp af de almindeligt anerkendte juridiske fortolkningsregler.<sup>8</sup> En ordlydsfortolkning, hvor der tages udgangspunkt i ordenes sædvanlige, sproglige forståelse, fører ikke til noget klart resultat. Legemlig skade refererer sig til fysisk skade på kroppen, mens helbredsmæssig skade nok også primært må forstås sådan. Men samtidig kan det ikke udelukkes, at begrebet helbred må forstås bredere og også fortolkes som omfattende en persons mentale tilstand. Netop fordi det ud fra bestemmelsens ordlyd ikke kan udelukkes, at psykiske skader omfattes af bestemmelsen, kan modsætningsfortolkning og analogifortolkning ikke anvendes som fortolkningsredskaber, idet begge disse fortolkningsregler jo forudsætter præcision i bestemmelsens ordlyd. Tilbage står den fortolkningsregel, der inddrager lovens formål, nemlig formålsfortolkningen. Ved subjektiv formålsfortolkning fortolkes loven efter sine forarbejder. Forarbejderne til hovedlov nr. 252 af 10. juni 1960 indeholder imidlertid ingen fortolkningsbidrag vedrørende problemet.<sup>9</sup> Og heller ikke i forarbejderne til de senere ændringslove findes nævneværdige fortolkningsbidrag.<sup>10</sup> Ved fastlæggelsen af,

<sup>7</sup> Vedtagelsesstatus for både Warszawakonventionen og diverse tillægsprotokoller hertil og for Montrealkonventionen kan ses på [www.icao.int](http://www.icao.int). ICAO er FN's luftfartsorganisation, og bag akronymet gemmer sig navnet International Civil Aviation Organization.

<sup>8</sup> Om disse fortolkningsregler, se *Jens Evald: Retskilderne og den juridiske metode*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, s. 49 ff.

<sup>9</sup> FT 1959/60: 1311, 1990, 5901, 6412, A 1377. B 1477.

<sup>10</sup> For passagerbefordringens vedkommende findes de vigtigste ændringer i lov nr. 117 af 11. marts 1987 og lov nr. 1074 af 17. december 2002. Forarbejderne til disse ændrings-

hvilke skadestyper der omfattes af LUF § 106, 1. pkt., er der altså ingen hjælp at hente i bestemmelsens forarbejder. Ved objektiv formålsfortolkning fortolkes loven efter sit formål, støttet på lovens eget indhold. Ikke alene det i loven udtrykkeligt fastsatte formål inddrages ved fortolkningen. Også de mere udtalte formål, som loven forsøger at realisere, indgår i fortolkningsgrundlaget. For luftfartslovens vedkommende gør det sig gældende, at den ikke indeholder en egentlig formålsbestemmelse. Til gengæld har loven det overordnede formål at bringe dansk luftfartslovgivning i overensstemmelse med områdets globale konventioner, således at den højst mulige grad af retsenhed på dette meget internationale retsområde sikres. Hensynet til sikringen af denne retsenhed kræver, at luftfartsloven ikke læses og fortolkes med rent nationale øjne, men at der anlægges en fortolkning, der inddrager det internationale regelgrundlag.<sup>11</sup> Ordlyden af Warszawakonventionen og Montrealkonventionen bliver dernæst af interesse.

Inden de globale regler granskes, kastes dog først et blik på de to *EU-forordninger* om luftfartsselskabers erstatningsansvar i tilfælde af ulykker. Disse forordninger har overordentlig stor betydning, idet mange befordringer reguleres direkte af disse regler. Forordningerne anvender, hvor andet ikke er udtrykkeligt nævnt, samme begrebsdefinitioner som de globale regelsæt, jf. Rfo 2027/97 art. 2(2) og Rfo 889/2002 art. 1. Eftersom skadestypen ikke defineres i forordningerne, må man også for så vidt angår EU-reglerne rette opmærksomheden mod Warszawakonventionen og Montrealkonventionen.

I begge *konventioner* findes den relevante bestemmelse i art. 17. Warszawakonventionen, hvis autentiske sprog er fransk, siger i art. 17:

»Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de mort, de blessure ou de toute autre lésion corporelle subie par un voyageur lorsque l'accident qui a causé le dommage s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement et de débarquement.«

Montrealkonventionens art. 17(1) har følgende ordlyd:

»The carrier is liable for damage sustained in case of death or bodily injury of a passenger upon condition only that the accident which caused the death or injury took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking.«

---

love findes i henholdsvis FT 1986/87: 3266, 7065, 7663, A 1825, B 455 og FT 2002/03: 387, 2019, 2831, A 467.

<sup>11</sup> Om fortolkning af love med international baggrund, se *Ruth Nielsen: Retskilderne 7. rev. udgave*, Jurist og Økonomforbundets Forlag (2002), s. 171 ff. Se også *Lars Ofstedal Brochs* artikel i TFR 1968 s. 595.



I forhold til emnet for denne artikel er det vendingerne »tout autre lésion corporelle« og »bodily injury«, som er relevante. Bestemmelsernes omdrejningspunkt er uden tvivl den fysiske skade, men eftersom ulykker inden for luftfart ofte er meget dramatiske, aktualiseres spørgsmålet, om også psykiske skader omfattes af bestemmelserne. Den naturlige sproglige forståelse synes at føre til, at spørgsmålet må besvares benægtende. Begge bestemmelser lægger vægt på den kropslige skade. I ordlyden af de to bestemmelser består en lille nuanceforskel, idet Warszawakonventionen taler om, at transportøren er ansvarlig for passagerens død, legemsbeskadigelse eller enhver anden kropslig skade, hvorimod Montrealkonventionen »kun« holder transportøren ansvarlig for passagerens død eller kropslige skade. Nuanceforskellen kunne tyde på, at der i Montrealkonventionen er sket en indsnævring af de skadestyper, som omfattes af bestemmelsen. Efter disse indledende ordlydsbetragtninger synes en teoretisk fortolkning af de to konventionsbestemmelser på sin plads.<sup>12</sup> Ved Wienerkonventionen om traktatretten blev der foretaget en omfattende kodifikation af de folkeretlige regler om traktater.<sup>13</sup> Ifølge konventionens art. 4 gælder konventionen formelt kun for traktater, som er indgået efter konventionens ikrafttræden, men bestemmelsen i art. 4 udelukker ikke, at de regler, der er formuleret i konventionen, anvendes i forhold til ældre traktater. Konventionen kodificerer i art. 31 og 32 de folkeretlige sædvaneregler for fortolkning af konventioner. Disse to bestemmelser opstiller et hierarki mellem almindelige fortolkningsprincipper. De principper, som nævnes i art. 31, er primære, mens de principper, som nævnes i art. 32, er sekundære. I henhold til art. 31(1) skal man ved fortolkningen af begreberne »lésion corporelle« og »bodily injury« lægge vægt på den almindelige, sædvanlige betydning af ordene. Som tidligere nævnt trækker dette fortolkningsprincip i retning af, at psykiske skader ikke omfattes af bestemmelserne og derfor ikke er erstatningsberettigede. Akademiske diskussioner og udenlandsk retspraksis har imidlertid også inddraget Warszawakonventionens og Montrealkonventionens forarbejder i forsøget på at fastlægge anvendelsesområdet for konventionernes art. 17. I henhold til Wienerkonventionens art. 32 bør konventionsforarbejder kun anvendes som supplerende fortolkningsmiddel, når fortolkningen i henhold til art. 31 er flertydig, uklar eller fører til et resultat, som er åbenbart meningsløst eller urimeligt. Warszawakonventionens forarbejder<sup>14</sup> indeholder ingen udsagn om sondringen mellem fysiske og psykiske skader, og forarbejderne er blevet anvendt som argument både for og imod, at psyki-

<sup>12</sup> Om konventionsfortolkning, se *Ole Spiermann: Moderne Folkeret*, 3. omarbejdede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 121 ff.

<sup>13</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969.

<sup>14</sup> ICAO doc. CD-7838.

ske skader omfattes af Warszawakonventionens art. 17. Henset til forarbejdernes tavshed, til bestemmelsens klare ordlyd og til Wienerkonventionens fortolkningshierarki, bør man efter min mening ikke inddrage Warszawakonventionens forarbejder i fortolkningen af Warszawakonventionens art. 17. Ordlyden må være afgørende for fortolkningen, hvilket fører til det resultat, at der for befordringer omfattet af Warszawakonventionen ikke kan ydes erstatning for psykiske skader. Under forberedelserne til den nye Montrealkonvention blev det foreslået, at psykiske skader direkte skulle indskrives i anvendelsesområdet for art. 17. På trods af en indledende enighed herom blev forslaget dog aldrig gennemført. Flere stater, heriblandt USA, frygtede »forfalskede« sager, og luftfartsindustrien, som også var imod forslaget, frygtede, at passagerer ville fremsætte krav baseret på hændelser, som ikke er usædvanlige for luftbefordring, deriblandt hårde landinger, motorproblemer og turbulens. I stedet blev der udarbejdet et såkaldt explanatory statement vedrørende Montrealkonventionens art. 17. Statementet, som blev nedfældet i de officielle konferencepapirer,<sup>15</sup> har følgende ordlyd:

»The expression »bodily injury« is included on the basis of the fact that in some States damages for mental injuries are recoverable under certain circumstances, that jurisprudence in this area is developing and that it is not intended to interfere with this development, having regard to jurisprudence in areas other than international carriage by air.«

Eftersom dette statement er aftalt af samtlige deltagere, kan det forsvares at betragte statementet som omfattet af Wienerkonventionens art. 31(2), litra a. Statementet må således betragtes som et primært fortolkningsbidrag, selvom det som forarbejde til Montrealkonventionen umiddelbart ville skulle klassificeres som sekundært fortolkningsmateriale i henhold til Wienerkonventionens art. 32. Efter min mening er statementet særdeles uheldigt for den internationale luftfartsregulering. Formålet med denne regulering er som tidligere nævnt international retsenhed, og at overlade spørgsmålet til de forskellige nationale domstole til nationale vurderinger gavner ikke just retsenheden. Men med Montrealkonventionen og dens explanatory statement blev der altså åbnet adgang for at lade begrebet »bodily injury« definere i henhold til national lovgivning. Muligheden for erstatning for psykiske skader, som er opstået under en befordring omfattet af Montrealkonventionen, er altså til stede, men afhænger i høj grad af sagens forum og lovvalg.

Den teoretiske fortolkning af art. 17 i konventionerne kan med fordel suppleres af et kig på den almindelige, danske erstatningsret. Dette sker umiddelbart nedenfor. Derudover vil det også være interessant at se på fortolknin-

<sup>15</sup> ICAO doc. CD-102.

gen af konventionsbestemmelserne i praksis. Dette sker i afsnit 5, hvor en række illustrative domme beskrives.

#### 4. Almindelig, dansk erstatningsret

Erstatning for skader opstået i forbindelse med luftfart kan siges at henhøre under den mere specielle del af erstatningsretten. Når der opstår spørgsmål i den specielle del af erstatningsretten, vil det ofte være naturligt at søge efter svar eller vejledning i den almindelige erstatningsret.

I almindelig erstatningsretlig sammenhæng er en personskade en skade på det menneskelige legeme, eksempelvis dødsfald eller brækkede lemmer. Begrebet omfatter principielt både fysisk og psykisk skade.<sup>16</sup> I relation til sidstnævnte kan der sondres mellem de tilfælde, hvor skaden udelukkende er psykisk betonet, traditionelt kaldet chokskader, og de tilfælde, hvor skaden både har fysiske og psykiske elementer. Disse skader kunne passende kaldes kombinerede skader. I både de almindelige retsgrundsætninger og i erstatningsansvarsloven<sup>17</sup> anvendes begrebet personskade efter ovennævnte definition. Og definitionen udelukker ikke, at der i visse tilfælde kan tildeles erstatning for psykiske skader.

Den danske retspraksis vedrørende erstatning for psykiske skader er meget begrænset<sup>18</sup>, og det er derfor svært at komme med en soleklar beskrivelse af den gældende retstilstand. Nedenfor har jeg udvalgt nogle af de domme, som findes på området. Dommene er udvalgt under hensyntagen til, at den, der fremsætter kravet, selv har været impliceret i ulykken. Disse domme har størst relevans for artiklens overordnede emne.

I relation til de rene psykiske skader er følgende domme af interesse:

U 1918. 779 H: Ved et sammenstød mellem et tog og en bil blev bilens fører dræbt. Førerens hustru, som var passager i bilen, udviklede efter ulykken en traumatisk neurose. Der tilkendtes hustruen erstatning for den udviklede neurose.

U 1926. 1019 Ø: En sporvejsarbejder fik et chok, da en bil, som var lige ved at påkøre ham, overkørte hans skindskraber. Arbejderen blev tilkendt erstatning for chokskaden.

Dommene lægger afgørende vægt på, at skaden er opstået som en direkte følge af ulykken, og kausalitets- og adækvansbetragtninger har således spillet en afgørende rolle ved afgørelserne. I praksis vil disse betragtninger ofte fremstå

<sup>16</sup> Om personskadebegrebet i almindelig, dansk erstatningsret, se *Bo von Eyben m.fl.: Lærebog i erstatningsret*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, s. 9.

<sup>17</sup> Lovbekendtgørelse nr. 885 af 20. september 2005 om erstatningsansvar.

<sup>18</sup> Emnet er indgående behandlet af *J. Trolle* i U 1973 B305, som en kommentar til dommen U 1973. 451 H.

som et bevisproblem, idet en dommers bedømmelse af, om kausalitets- og adækvansbetingelserne er opfyldte, bygger på en vurdering af de oplysninger om sagens hændelsesforløb, som parterne tilvejebringer. De to domme er af ældre dato, men de illustrerer dog, at det ikke er umuligt at opnå erstatning for rene psykiske skader i den almindelige, danske erstatningsret.

I relation til de kombinerede skader er følgende domme af interesse:

U 1937. 158 Ø: En tam løve blev for morskabs skyld sluppet fri på scenen under en sangprøve. Dette forskrækkede en sangerinde så meget, at hun fik et nervechok og besvime. I faldet kvæstede hun halebenet. Hun blev tilkendt erstatning for chokskaden.

U 1973. 451 H: Føreren af en bil påkørte en scooter i et vejkryds. Ved påkørslen blev scooterføreren dræbt. Føreren af bilen pådrog sig kun lettere fysiske kvæstelser, men i de følgende år udviklede han en angstneurose. Højesteret fandt, at angstneurosen var en følge af ulykken, og skaden var derfor omfattet af scooterførerens erstatningspligt. Højesteret udtalte følgende i dommen: »Appellanten har *uden egen skyld* været *impliceret* i en *alvorlig* og også *for ham selv farlig* færdselsulykke, der medførte scooterførerens død.« (Kursivering foretaget).

Det er interessant at bemærke, at skadelidte i begge de ovennævnte domme led fysiske skader, om end kun i begrænset omfang. Om dette har haft afgørende betydning for resultatet, er dog svært at sige. Men det kan ikke udelukkes, at kravene til bevis for kausalitet og adækvans slækkes, hvis der i forbindelse med en ulykke lides fysisk skade. Derudover synes det også interessant, at Højesteret i dommen fra 1973 lægger vægt på ovennævnte kursiverede momenter. Opfyldes disse betingelser, holdes døren åben for erstatning, også for de psykiske skader. Især i relation til emnet for denne artikel er momenterne interessante, idet de også kunne tænkes at optræde i forbindelse med en skade opstået ved en luftfartsulykke. I en sådan vil skadelidte ofte være impliceret uden egen skyld. Ulykken vil desuden ofte være alvorlig, måske med dødsfald til følge, og den vil ofte også bringe skadelidte selv i fare.

## 5. Illustrative domme

Det er klart, at et hvilket som helst domsland selv råder over fortolkningen af personskadebegrebet inden for luftbefordring af passagerer. Men i fastsættelsen af begrebets indhold og i bestræbelserne på at komme frem til ensartede løsninger bør det være fuldt tilladt at lade sig inspirere af opfattelsen i andre konventionslande. Nedennævnte sager er alle amerikanske, eftersom langt de fleste sager vedrørende psykiske skader har været ført for amerikanske domstole. Selvom sagerne vedrører Warszawakonventionen, er de stadig interessante. Dels er Warszawakonventionen den konvention, hvis tilslutningstal er

højest, og dels tilbyder Montrealkonventionen ikke grundlæggende ændringer i udformningen af art. 17.

Praksis vedrørende fortolkningen af personskadebegrebet inden for luftfarten begyndte at dukke op i begyndelsen af 70'erne, da antallet af flykapringer og andre angreb på flysikkerheden begyndte at stige.

Dommene på området kan inddeles i to hovedkategorier. For det første de domme, der handler om rene psykiske skader, dvs. skader uden fysiske manifestationer. Og for de andet de domme, der handler om de kombinerede skader, dvs. skader, hvori der både optræder fysiske og psykiske elementer.

### 5.1. De rene psykiske skader

Amerikansk retspraksis var delt i spørgsmålet, om rene psykiske skader var erstatningsberettigede, indtil USA's højesteret i 1991 tog stilling til spørgsmålet. Den *snævre* tilgang, som knæsatte princippet om, at psykiske skader ikke var omfattet af Warszawakonventionens art. 17, illustreres ved følgende sager:

*Burnett v. Trans World Airlines, Inc.*:<sup>19</sup> Den 6. september 1970 gik sagsøgerne ombord på TWA flight 741 med rute fra Athen til New York. Efter at have fuldendt en planlagt mellemlanding i Frankfurt devierede flyet fra dets planlagte rute, og det blev meddelt, at flyet var blevet kapret af en palæstinensisk oprørsgruppe. Flyet landede i en ørken nær Amman i Jordan. Kaprerne tilbageholdt passagererne i flyet i yderligere seks døgn, og under denne periode frygtede sagsøgerne for deres liv. Sagsøgerne søgte erstatning af luftfartsselskabet for de psykiske skader, som opstod under kapringen og tilbageholdelsen. Retten lagde ved sin afgørelse af sagen vægt på Warszawakonventionens autentiske franske tekst, dens forarbejder og indholdet af andre transportretlige konventioner og kom frem til det resultat, at rene psykiske skader ikke var erstatningsberettigede under Warszawakonventionens art. 17. Sagen er den første af i alt tre sager, som vedrører tre forskellige flykapringer, som fandt sted d. 6. september 1970, og som blev begået af samme oprørsgruppe.

*Rosman (and Herman) v. Trans World Airlines, Inc.*:<sup>20</sup> Begivenhedsforløbet i denne sag svarer stort set til det, som er opridset i ovennævnte sag. Flyet, som d. 6. september 1970 var på vej fra Tel Aviv til New York, blev kapret og tvunget til at lande i ørkenen nær Amman i Jordan. Samtlige passagerer blev tilbageholdt i flyet i 6 døgn, og efter frigivelsen krævede sagsøgerne erstatning af luftfartsselskabet for de psykiske skader, som opstod under kapringen og tilbageholdelsen. Retten lagde ved sin afgørelse vægt på den sædvanlige og almindelige forståelse af begreberne i Warszawakonventionen og nåede frem til, at der ikke kunne gives erstatning for rene psykiske skader under Warszawakonventionen.

<sup>19</sup> *Burnett v. Trans World Airlines, Inc.* (1973) D.Ct., 368 F.Supp. 1152.

<sup>20</sup> *Rosman (and Herman) v. Trans World Airlines, Inc.* (1974) N.Y.A.Ct., 34 N.Y.2d 385, 314 N.E.2d 848, 358 N.Y.S.2d 97.

Den *brede* tilgang, som knæsatte princippet om, at Warszawakonventionens art. 17 omfattede rene psykiske skader, illustreres ved følgende sager:

Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd.:<sup>21</sup> Begivenhedsforløbet i denne sag ligner det, som er opridset i de to ovennævnte sager. Den 6. september 1970 gik sagsøgeren ombord på et fly med rute fra Zürich til New York. Kort efter takeoff blev flyet kapret og tvunget ned i ørkenen ved Amman i Jordan. Passagererne blev tilbageholdt i flyet i ca. 1 døgn, og sagsøgeren krævede erstatning af luftfartsselskabet for de psykiske skader, som hun pådrog sig under kapingen og den efterfølgende tilbageholdelse. Retten tilkendte sagsøgeren erstatning, idet den lagde vægt på, at psyken er en del af kroppen, og at psykiske skader også må anses for kropslige. Retten lagde desuden vægt på, at konventionsforarbejderne intet nævnte om psykiske skader. Dette fortolkede retten som et tegn på, at forfatterne ikke ønskede at udelukke bestemte skader.

Floyd v. Eastern Airlines, Inc.:<sup>22</sup> I denne sag, som ikke vedrører en flykapring, mistede et fly al motorkraft under en flyvning og påbegyndte derfor et kraftigt dyk over flere hundrede fod. Det blev meddelt til passagererne, at flyet måtte nødlande i havet. Heldigvis lykkedes det for piloterne at genstarte en af flyets i alt tre motorer og lande flyet sikkert i den nærmeste lufthavn. Passagererne blev opskræmte, men ingen led fysisk skade. De passagerer, som mente at have lidt psykisk skade, fremsatte efterfølgende krav om erstatning for skaderne. Retten gav sagsøgerne medhold i kravet, idet den lagde vægt på, at Warszawakonventionens franske originaltekst ikke udelukkede erstatning for psykiske skader. Derudover lagde man vægt på konventionens forarbejder, og efterfølgende ændringsforsøg blev tillige inddraget til støtte for kendelsen.

Luftfartsselskabet appellerede ovennævnte sag til USA's højesteret, og i 1991 afsagde domstolen dom i sagen. *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*<sup>23</sup> slog endeligt fast, at rene psykiske skader ikke er erstatningsberettigede i henhold til art. 17 i Warszawakonventionen. Til støtte for dommen fremhævede man blandt andet konventionens forarbejder og formål, den autentiske franske tekst og fransk erstatningsret. Højesterets dom i Floyd-sagen er fulgt i senere sager.<sup>24</sup>

## 5.2. De kombinerede skader

Floyd-sagen tog ikke stilling til de kombinerede skader, men kun de rene psykiske skader. Således udtalte dommerne, at »We express no view as to whether passengers can recover for mental injuries that are accompanied by physical injuries«. For de kombinerede skader er muligheden for erstatning altså holdt åben. De kombinerede skader kan opdeles i to underkategorier.

<sup>21</sup> Husserl v. Swiss Air Transport Company, Ltd. (1975) D.Ct. 388 F.Supp. 1238.

<sup>22</sup> Floyd v. Eastern Airlines, Inc. (1989) A.Ct., 872 F.2d 1462.

<sup>23</sup> Eastern Airlines, Inc. v. Floyd (1991) S.Ct., 499 U.S. 530, 111 S.Ct. 1489.

<sup>24</sup> Se blandt andet Terrafranca v. Virgin Atlantic Airways, Ltd. (1997) A. Ct., 151 F.3d 108 og El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tseng (1999) S.Ct. 525 U.S. 155.

For det første de sager, hvor de fysiske skader efterfølges af psykiske skader. Og for det andet de sager, hvor de psykiske skader efterfølges af fysiske skader.

For så vidt angår de skader, hvor den *fysiske skade efterfølges af en psykisk skade*, er følgende domme interessante:

Ospina v. Trans World Airlines, Inc.:<sup>25</sup> Under indflyvningen til lufthavnen i Athen eksploderede en bombe, som var gemt under et af flysæderne. Fire passagerer omkom, andre blev såret. Alberto Ospina, som sad i det sæde, hvorunder bomben var gemt, blev blæst ud af flyet, og man fandt senere hans tilredte lig på jorden. På trods af et stort hul i fuselagen lykkedes det at lande flyet sikkert. Adskillige ekspertudsagn slog under retssagen fast, at Ospina havde levet i 5 til 10 sekunder efter eksplosionen, og at han i det tidsrum var bevidst om, at han var såret, og at han faldt mod jorden. Der blev under sagen fremsat krav om erstatning for den psykiske skade, som opstod efter han blev såret, men før han døde. Retten fandt det ikke stridende mod Warszawakonventionens art. 17 at tildele erstatning for den psykiske skade, eftersom denne direkte udsprang af de fysiske skader.

Alvarez v. American Airlines, Inc.:<sup>26</sup> Francisco Alvarez var passager på et fly med rute fra New York til Santo Domingo. Umiddelbart efter at flyet havde forladt gaten, stoppede det. Ca. to min. senere bredte der sig en kraftig lugt af benzin i kabinen, og flyet fyldtes hurtigt med røg. Besætningen påbegyndte en evakuering, hvorunder Alvarez led fysiske småskader på knæ og haleben. Alvarez fremsatte krav om erstatning for de fysiske skader, men udover dette krævede han også erstatning for de psykiske skader, som opstod under evakueringen. Alvarez blev af to læger diagnosticeret med posttraumatisk stress syndrom. Retten gav Alvarez medhold i, at de fysiske skader berettigede ham til erstatning, men slog også fast, at psykiske skader kun var erstatningsberettigede, hvis de var en kausal og adækvat følge af de fysiske skader. I dette tilfælde var de psykiske skader ikke en følge af de fysiske småskader, men derimod en følge af evakueringen som sådan. Erstatning for de psykiske skader blev altså nægtet.

For så vidt angår de skader, hvor den *psykiske skade efterfølges af en fysisk skade*, er følgende dom af interesse:

Weaver v. Delta Airlines, Inc.:<sup>27</sup> Kathy Weaver var passager på et fly med rute fra London til Billings, Montana. Under befordringen måtte flyet nødlande på grund af tekniske problemer, og Weaver påstod, at hun under nødlandingen blev ramt af en ekstrem angst. Efterfølgende fik hun konstateret posttraumatisk stress syndrom, og denne skade søgte hun erstatning for. Hun fik medhold, idet retten fandt, at det posttraumatiske stress syndrom i dette konkrete tilfælde havde fysiske indvirkninger på kroppen i form af blandt andet ændringer i

<sup>25</sup> Ospina v. Trans World Airlines, Inc. (1991) 778 F.Supp 625, E.D.N.Y. Sagen blev appelleret, og appelretten ændrede dommen, men af andre årsager, (1992) 975 F 2d 35.

<sup>26</sup> Alvarez v. American Airlines, Inc. (2000) D.Ct. 2000 WL 145746 S.D.N.Y.

<sup>27</sup> Weaver v. Delta Airlines, Inc. (1999) 56 F.Supp 2d 1190 (D.Ct. Montana).

hjernefunktionen. Retten udtalte desuden, at angsten under nødlandingen ikke i sig selv var erstatningsberettiget. Det var derimod den fysiske skade, som opstod på grund af angsten.

De kombinerede skader frembyder stadig stor forvirring, og retstilstanden er ikke klar. Det er dog klart, at muligheden for erstatning for psykiske skader er holdt åben, når blot den psykiske skade er lidt i forbindelse med en fysisk skade. Dette gælder især, hvis den psykiske skade direkte udspringer af den fysiske skade.

## 6. Afsluttende bemærkninger

Som det er fremgået af det ovenstående, lader spørgsmålet i indledningen sig ikke besvare med et entydigt ja eller nej.

En ren psykisk skade, som er opstået under en luftbefordring, vil i henhold til *amerikansk* retspraksis ikke være erstatningsberettiget, hvis kravet reguleres af reglerne i Warszawakonventionen. Derimod er muligheden for erstatning i henhold til denne konvention holdt åben, hvis der er tale om en kombineret skade, altså en skade, der både indeholder fysiske og psykiske elementer. Dette gælder nok især for psykiske skader, der direkte udspringer af fysiske skader. I den omvendte situation, altså hvor en psykisk skade efterfølges af en fysisk skade, kan det forsigtigt konkluderes, at det nok kun er muligt at opnå erstatning for den fysiske skade. Warszawakonventionen er jo som tidligere nævnt et regelsæt, som er under udskiftning, og for sager som bedømmes efter den nye Montrealkonvention, er muligheden for erstatning for psykiske skader holdt helt åben. Udfaldet af sådanne sager er svært at spå om. De amerikanske domstole kan vælge at videreføre den relativt strikse praksis på området eller at anlægge en mere liberal opfattelse.

I *dansk* ret vil holdningen til, om psykiske skader, som er opstået under en luftbefordring, er erstatningsberettigede, primært være påvirket af retstilstanden i den almindelige, danske erstatningsret. Udenlandsk retspraksis bidrager ikke til fastsættelsen af en soleklar linje, og derfor vil de danske domstole i første omgang søge efter svar i tilgrænsende, nationale retsdiscipliner. Denne løsning harmonerer i og for sig også godt med indholdet af Montrealkonventionens explanatory statement, som jo netop henviser til national ret og tilgrænsende retsdiscipliner, men efter min mening ville de danske domstole også kunne drage nytte af at se på, hvad man gør i andre konventionslande. I den almindelige, danske erstatningsret er det i høj grad adækvans- og kausalitetsbetragtninger, som er afgørende for udfaldet af en sag, der drejer sig om erstatning for en psykisk skade, og i praksis vil disse betragtninger i sidste ende fremstå som et bevisproblem. For så vidt angår de rene psykiske skader, stilles der strenge krav til bevis for adækvans og kausalitet. Det kan ikke udelukkes, at kravene til bevis for adækvans og kausalitet mindskes, hvis der i



forbindelse med den psykiske skade samtidig lides en fysisk skade. Muligheden for i dansk ret at opnå erstatning for en psykisk skade, som er opstået under en luftbefordring, synes under alle omstændigheder større, hvis man som passager selv og uden egen skyld har været impliceret i luftfartsulykken, og hvis man som passager har været udsat for fare, og hvis man som passager har set alvorlige personskader eller dødsfald blandt medpassagerer, især hvis disse er nære pårørende. Hvis ovenstående kriterier opfyldes, synes det mest sandsynligt, at danske domstole vil slå fast, at både fysiske og psykiske skader er erstatningsberettigede. Det må dog stedse erindres, at der også i disse tilfælde stilles krav om, at de almindelige erstatningsretlige betingelser er opfyldte.

Hvis der på området for erstatningsberettigede skader inden for luftfarten skulle laves et *kronologisk kvalitetscheck* af de globale regler, kan man sige, at den nye Montrealkonvention desværre ikke har medført en klarlægning og harmonisering af retstilstanden. Man burde ved udformningen af denne nye konvention have benyttet sig af lejligheden til langt om længe at fremsætte klare linjer på området. At dette ikke er sket, kan kun opfattes som en forspildt chance.

Slutteligt kan man stille sig selv det *spørgsmål*, om der overhovedet lader sig opstille en skarp sondring mellem fysiske og psykiske skader. Som den medicinske forskning udvikler sig, synes grænsen mellem de to skadesformer at blive mere og mere uskarp. Psykiske skader kan ofte diagnosticeres på samme måde som fysiske skader, og dette må vel på et tidspunkt bevirke, at psykiske skader, som kan være lige så invaliderende som fysiske skader, er erstatningsberettigede, når blot de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt.

# Behandling af ægtefællers pensionsordninger på skifte

af

*Hans Viggo Godsk Pedersen*

Ægtefællepensioners behandling på skifte var indtil vedtagelse af lov nr. 483 af 7. juni 2006 reguleret i domspraksis med retsvirkningslovens § 15, stk. 2 som det legale grundlag. Retsvirkningslovens § 15, stk. 2 omhandler personlige og uoverdragelige rettigheder. Bestemmelsen foreskriver, at reglerne om formuefællesskab kun finder anvendelse på denne type rettigheder i det omfang, det er foreneligt med de for disse rettigheder særligt gældende regler. Ordlyden af § 15, stk. 2 gav således ikke direkte megen vejledning til fastlæggelsen af retsstillingen på området, der i øvrigt var overladt til domstolene.

Retspraksis havde lagt sig fast på en ordning, hvor pensioner, der var oprettede som led i ansættelsesforhold, og som gav ret til livsvarige løbende udbetalinger, var undtaget fra lighedelingen. Dette var i harmoni med reglerne om tjenestemandspension, der i medfør af enkepensionslovens regler var undtaget fra ægtefælleskifte. Til gengæld bevarede ægtefællen efter omstændighederne ret til enkepension efter separation eller skilsmisse, ligesom vedkommende efter omstændighederne var sikret en vis andel, hvis ordningen blev ophævet. Med hensyn til kapitalpensioner og andre ordninger af kapitalpensionstypen havde retspraksis lagt sig fast på en delingsnorm, idet der dog toges hensyn til, at det netop ikke var frie midler, men midler der hvilede en skattebyrde på. Principielt skulle der derfor foretages passivering som følge af den latente skattebyrde. I det praktiske liv foregik skiftet ofte på den måde, at kapitalen blev delt på to konti, men således at udbetalingsbetingelserne var knyttet til den hidtil berettigede.

Specielt ved dødsboskifte, hvor der var en efterlevende ægtefælle, var man tilbageholdende med at medtage vedkommendes pensionsordning i fællesboet. Man antog, at hensynet til længstlevendes forsørgelse gik forud for hensynet til de øvrige arvingers interesse i at få del i værdien, jf. afgørelserne U 1962.870 H og U 1998.1777 H.

Denne ordning blev udsat for kritik. Særlig uhensigtsmæssig virkede ordningen, hvis den ene ægtefælle havde en pension med livsvarige, løbende

udbetalinger, der kunne holdes uden for skiftet, medens den anden ægtefælle havde en ordning af kapitaltypen, der skulle medtages i fællesboet. I den juridiske litteratur nævntes derfor muligheden for, at domstolene ville justere retspraksis.

Behandling af retten til enkepension ved separation eller skilsmisse havde ikke i samme omfang givet anledning til kritik. En ægtefælle bevarede efter lov om bevarelse af enkepension ved separation og skilsmisse efter omstændighederne retten til enkepension. Reglerne omfattede tjenestemandspensioner og andre kollektive ordninger for ansatte, når der til ordningen var knyttet enkepension. Det var en betingelse for at bevare retten til enkepension, at der påhvilede den anden ægtefælle en bidragspligt. Denne bidragspligt kunne være fastsat i forbindelse med separationen eller skilsmissen. Der kunne imidlertid også være tale om en aftalt bidragspligt. Bidragspligten skulle imidlertid være reel, jf. herved afgørelserne U 1988.127 H og U 2001.10 H, hvor der blot var aftalt et symbolsk bidrag på henholdsvis 10 og 50 kr. pr. måned, og hvor Højesteret fastslog, at det ikke var tilstrækkeligt til bevarelse af retten til enkepension.<sup>1</sup>

Kritikken førte til, at Justitsministeriet nedsatte et sagkyndigt udvalg, der havde som opgave at komme med forslag til behandlingen af ægtefællers pensioner ved skifte mellem ægtefællerne. Udvalget blev nedsat i 1998.

Formentlig på baggrund af den opmærksomhed, delingsspørgsmålet havde fået, blev et par tilfælde indbragt for Højesteret i 1998. Afgørelserne, der er offentliggjort i U 1998.717 H og U 1998.719 H, vedrørte begge tilfælde, hvor to ægtefæller havde hver deres pensionsordninger af forskellige typer.<sup>2</sup> Bl.a. med den begrundelse, at der var nedsat et sagkyndigt udvalg til at arbejde med problemstillingen, fandt Højesteret ikke på daværende tidspunkt anledning til at ændre på den hidtil anvendte retspraksis. Under hensyn til, at der rent faktisk kom til at gå mange år, inden der kom en lovregulering af området, må der formodes at være et betydeligt antal mennesker, der har måttet forsøge – formentlig med ringe held – at glæde sig over, at der rent faktisk blev arbejdet med problemstillingen.

I november 2005 afgav det sagkyndige udvalg en betænkning, der blev nr. 1466-2005. Allerede i foråret 2006 blev lovforslaget vedtaget som lov nr. 483 af 7. juni 2006 om ændring af lov om ægteskabets retsvirkninger og lov om skifte af fællesbo m.v. med flere love. De fleste af lovens bestemmelser trådte i kraft den 1. januar 2007. Samtidig gennemførtes lov nr. 484

<sup>1</sup> Jf. nærmere *Ingrid Lund-Andersen m.fl.*: *Familieret* (5. udg. 2003) s. 248 ff., *Linda Nielsen & Vorstrup Rasmussen*: *Familieretten* (3. udg. 2001) s. 277 ff. samt *Godsk Pedersen*: *Familie- og arveret* (5. udg. 2001) s. 87.

<sup>2</sup> Den hidtidige retstilstand er navnlig omtalt *Ingrid Lund-Andersen m.fl.*: *Familieret* (5. udg. 2003) s. 527 ff., *Linda Nielsen & Vorstrup Rasmussen*: *Familieretten* (3. udg. 2001) s. 303 ff. samt *Godsk Pedersen*: *Familie- og arveret* (5. udg. 2001) s. 86 ff.

af 7. juni 2006 om bevarelse af ret til ægtefællepension ved separation eller skilsmisse.

## 1. Lovens systematik og hovedprincipper

Det væsentligste af den nye regulering er gennemført ved indsættelse af en række bestemmelser i lov om ægteskabets retsvirkninger, rvl., som §§ 16 a-16 h. Som en konsekvens af reglerne justeredes rvl. § 23 om vederlagskrav, lov om skifte af fællesbo § 65, stk. 3, der udelukker visse krav fra fællesboskifte samt pensionsbeskatningslovens § 30, stk. 2 om skattemæssig virkning af en afdragsordning.

Det sagkyndige udvalg overvejede dels familiepolitiske hensyn dels pensionspolitiske hensyn. Førstnævnte ville efter udvalgets opfattelse føre til en deling af pensioner. Sidstnævnte ville føre til, at alle pensioner var undtaget fra en lighedeling.<sup>3</sup> Flertallet gik ind for en deling af rimelige pensioner ved separation, skilsmisse og bosondring, men således at der blev indført visse undtagelser. Mindretallet ville ikke alene undtage de såkaldt rimelige pensioner fra fællesboskiftet, jf. herom nedenfor i afsnit 3.<sup>4</sup>

Ved den ene ægtefælles død udtager den længstlevende ægtefælle egne pensionsrettigheder. Dette svarer i alt væsentligt til hidtidig ret. Forlods udtages endvidere tidligere udbetalte beløb, der ikke antages at være forbrugt. Denne regel er omtalt i afsnit 2.

Ved separation eller skilsmisse udtager ægtefællerne egne rimelige pensionsordninger forlods af fællesboet. Det samme gør sig gældende med rimelige kapitalpensioner og lignende, der allerede er udbetalt, hvis beløbet stadig er i behold. Som det ses, er dette en markant ændring i forhold til tidligere. Denne regel omtales nærmere i afsnit 3, medens afsnit 4 omhandler pensioner, der falder uden for denne regel, og som i konsekvens heraf skal deles.

Ved kortvarige ægteskaber vil det kunne virke mindre rimeligt at lignede en pensionsopsparing, selv om den falder uden for den norm for rimelighed, flertallet i pensionsudvalget valgte. I § 16 c er der derfor indsat en regel om forlods udtagelse af alle pensioner efter kortvarige ægteskaber. Denne regel er omtalt i afsnit 5.

Som en konsekvens af reglen om, at man udtager sine rimelige pensionsordninger, er der samtidig indsat to kompensationsregler. Dels kan der gives kompensation, hvis den ene ægtefælle som følge af hensynet til familien har haft mindre beskæftigelse, og det har resulteret i en for ringe pensionsopsparing, dels kan der gives kompensation, hvis den ene ægtefælle stilles urimeligt ringe. Disse regler omtales nærmere i afsnit 6 og 7. Endvidere omtales i

<sup>3</sup> Jf. nærmere *Betænkning nr. 1466-2005* s. 172 ff.

<sup>4</sup> Jf. nærmere *Betænkning nr. 1466-2005* s. 184 ff.

afsnit 8 gennemførelsen af de krav mellem ægtefællerne, som pensionsordninger kan give anledning til.

Ægtefællerne har en mulighed for at aftale, at pensionsrettigheder skal være særeje, ligesom de har mulighed for at aftale deling af kapital- og ratepensioner. Dette omtales i afsnit 9.

Endelig behandles i afsnit 10 reglerne om bevarelse af retten til ægtefællepension efter separation eller skilsmisse.

## 2. Længstlevendes pensionsrettigheder ved førstafdødes død

Rvl. § 16 a, stk. 1 foreskriver, at den længstlevende ægtefælle efter den førstafdødes død udtager egne pensionsrettigheder og lignende rettigheder forlods af fællesboet. Dette svarer til den praksis, der havde udviklet sig inden lovens vedtagelse, jf. herved den i indledningen refererede retspraksis. Det fremgår af ministerens bemærkninger ved fremsættelsen, at det ikke er afgørende for behandlingen, om der har været skattemæssig fradragsret for de indbetalte ydelser. Det fremgår tillige, at det er en betingelse for den forlods udtagelse, at »ordningen er oprettet i et forsikringsselskab, pengeinstitut eller lignende, at ordningen er knyttet til længstlevendes liv og alder, at der er aftalt et tidligste tidspunkt for udbetalingen, der svarer til pensionsalderen for længstlevendes erhverv, og at der som begunstiget i ordningen er indsat en af de af pensionsbeskatningslovens § 5, stk. 2 nævnte personer eller dødsboet.«<sup>5</sup>

Henvisningen til de i pensionsbeskatningslovens § 5, stk. 2 nævnte personer er en henvisning til »enten forsikredes »nærmeste pårørende« i forsikringsaftalelovens forstand, jf. denne lovs § 105, stk. 5, eller forsikredes ægtefælle eller fraskilte ægtefælle, forsikredes livsarvinger, stedbørn eller stedbørns livsarvinger eller en navngiven person, der har fælles bopæl med forsikrede ved indsættelsen, eller dennes livsarvinger.«

Henvisningen til personkredsen i forsikringsaftalelovens § 105, stk. 5 indebærer tillige, at adoptivbørn og disses livsarvinger samt legale og testamentariske arvinger er omfattet af den nævnte personkreds. Derfor vil det formentlig kun være i meget få tilfælde, denne begrænsning i reglens anvendelsesområde, der er nævnt i motiverne, bliver aktuel. Det må anses for uvist, om domstolene vil følge forbeholdet, men da det må formodes kun at blive aktuelt i meget atypiske tilfælde, hvor en forlods udtagelse måske forekommer mindre naturlig, forekommer det sandsynligt.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne ved fremsættelsen, at de fleste ordninger vil være uoverdragelige og undtaget fra kreditorfølgning, hvilket imidlertid ikke anses for afgørende. Det antages tillige, at hvis en ordning er stillet som sikkerhed for en gæld, »vil gælden på det underliggende

<sup>5</sup> Fremsættelsen af forslaget (L 146) findes i *Folketingstidende 2005-06 (FT), Tillæg A s. 4422 ff.*

forhold inden for ordningens værdi skulle belaste forlodsudtagelsen.« Dette er bestemt diskutabelt. Er der fx optaget et lån til finansiering af et fællesjeaktiv, der er i behold, men er en sikkerhed for lånet stillet i form af pant i et særejeaktiv, er det en almindelig opfattelse, at lånet skal belaste fællesejet og ikke særejet. Det savner så vidt ses en rimelig grund, at en sikkerhedsstillelse i form af en pensionsordning skal behandles på anden måde. Pensionsordningen har ikke mistet sin karakter af pensionsordning (forsikring) ved en pantsætning. Ordningen vil stadig kunne have pensionsformålet som det bærende, og vil i øvrigt være ubehæftet, når det pågældende lån er afviklet. Det må derfor formodes, at domstolene vil se mere åbent på dette spørgsmål.

I rvl. § 16 a, stk. 2 er indeholdt en regel om allerede udbetalte beløb af kapitalpensionstypen. Bestemmelsen nævner udbetalte beløb fra kapitalpensionsrettigheder eller lignende rettigheder samt supplerende engangsydelser. Sådanne udbetalte beløb kan udtages forlods, hvis de ikke må anses for at være forbrugt, og hvis de ikke har mistet deres karakter af pensionsopsparing. Også indtægter og surrogater for beløbene kan udtages forlods.

Er en pensionsordning ophævet uden for den sædvanlige tidstermin, vil den normalt blive underkastet beskatning, hvis der har været skattefradragret for indskuddene. Ved en sådan ophævelse i utide må ordningen normalt anses for at have mistet sin karakter af pensionsopsparing. Det tilbageværende beløb kan derfor ikke udtages forlods.

Umiddelbart virker dette på samme måde som særeje, jf. rvl. § 28, stk. 3. Ved særeje kræves det normalt, at der kan påvises en sammenhæng mellem det oprindelige særeje og det, der på et senere tidspunkt påstås at være særeje, herunder at særejet ikke er gået ind i det almindelige fælleseje, når der i øvrigt er et sådant.<sup>6</sup> Det anføres imidlertid i fremsættelsesbemærkningerne, at det ikke er et krav for den forlods udtagelse, at »pensionsudbetalinger, renter eller hvad der træder i stedet for disse beløb, er holdt adskilt fra længstlevendes øvrige formue.« Som eksempel anføres dernæst, at et beløb ikke kan anses for at være forbrugt, fordi det er anvendt til at indfri en prioritet i en fast ejendom. Sidstnævnte må anses for rigtigt. Derimod må udsagnet om sammenblanding formodes at skulle tages med et vist forbehold. Det kan ikke antages, at længstlevende blot kan pege på et eventuelt beløb, som vedkommende måtte råde over, og angive det som en resterende pensi-

<sup>6</sup> Noget lignende gør sig gældende for invaliditetserstatninger, der i medfør af erstatningsansvarslovens § 18, stk. 2 kan holdes uden for et skifte mellem ægtefæller. Bestemmelsen afviger dog lidt fra en sædvanlig særejeordning, jf. herved *Ingrid Lund-Andersen m.fl.: Familieret* (5. udg. 2003) s. 380 ff. og 557 ff., *Linda Nielsen & Vorstrup Rasmussen: Familieretten* (3. udg. 2001) s. 163 ff. og 298 ff. samt *Godsk Pedersen: Familie- og arveret* (5. udg. 2001) s. 33 ff. og 89 f. alle med henvisninger.

onsudbetaling. Der må i overensstemmelse med almindelige regler formodes at skulle kunne påvises en sammenhæng med den oprindelige udbetaling og det beløb, der ønskes forlods udtaget.

Ved lovændringen indsattes i rvl. § 23 et nyt stk. 4, hvorefter rvl. § 23, stk. 2 om vederlagskrav ikke finder anvendelse på pensionsrettigheder efter rvl. §§ 16 a-16 c. Anvendelse af ekstraordinært store beløb til indbetaling på en pensionsordning vil imidlertid efter omstændighederne kunne anses for et misbrug, der kan begrunde et vederlagskrav efter rvl. § 23, stk. 1.<sup>7</sup>

### 3. Pensionsordninger ved separation eller skilsmisse

Efter rvl. § 16 b, stk. 1 udtager ægtefællerne ved skifte i anledning af separation, skilsmisse eller bosondring egne rimelige pensionsrettigheder forlods af fællesboet. Modsætningsvis følger det af bestemmelsens stk. 3, at øvrige ordninger indgår i delingen af fællesboet. Det vanskelige led i disse regler er således at fastlægge, hvad der er rimelige pensionsordninger.

I bemærkningerne ved fremsættelsen henviser ministeren så vidt ses til flertallet i det sagkyndige udvalgs betænkning.<sup>8</sup> Flertallet i udvalget lagde vægt på, at forlods udtagelse af pensionsordninger er en undtagelse fra det sædvanlige lighedelsprincip i ægteskaber med formuefællesskab. Netop derfor måtte de pensionsordninger, der kan udtages forlods, begrænses til rimelige ordninger.

Den forlods udtagelse kan principielt ske af alle typer ordninger uafhængig af »udbetalingsvilkår (éngangs-, rate- eller løbende udbetaling mv.) og uanset, om pensionsopsparingen er obligatorisk eller frivillig, privat eller en arbejdsmarkedspensionsordning, en tjenstemandspension, ATP-ordning, indekskontrakt mv.« Den forlods udtagelse skal imidlertid ikke omfatte de pensionslignende ordninger, der vil kunne realiseres på skiftet uden skattemæssige konsekvenser. Sådanne ordninger skal derfor – i modsætning til tilfælde, hvor der skiftes i anledning af førstafdødes død – indgå i fællesboet ved skiftet.

Alle sædvanlige arbejdsmarkedspensioner anså udvalget for rimelige. Det rimelige er ikke altid sædvanligt. Efter udvalgets opfattelse gælder det for selvstændige erhvervsdrivende. Det gælder endvidere for visse andre erhvervsgrupper, fx »piloter, balletdansere, sangere og lignende.« Selv om disse grupper måtte have nogle i forhold til andre grupper atypiske pensionsordninger, vil de kunne udtages forlods, hvis den må anses for rimelig under hensyn til vedkommendes økonomiske situation og forventede pensioneringstidspunkt. For selvstændige erhvervsdrivende indebærer det bl.a., at

<sup>7</sup> Jf. Ministerens bemærkninger til § 16 a ved fremsættelsen i *FT 2005-06, Tillæg A* s. 4422 ff.

<sup>8</sup> Spørgsmålet om »rimelige« pensionsordninger behandles i betænkningen (*Betænkning nr. 1466-2005*) s. 188 ff.

ordningen må anses for rimelig ud fra virksomhedens økonomiske situation.<sup>9</sup>

Udvalgets flertal antog, at hvis en ægtefælle havde foretaget ekstra indbetalinger i ønsket om en større dækningsgrad, end fx vedkommendes arbejdsmarkedspension sikrede, burde værdien af en sådan ekstra opsparing sidestilles med anden opsparing og således indgå i fællesboet, medmindre den anden ægtefælle havde foretaget en tilsvarende opsparing. Derimod må regelmæssige indbetalinger, der på det pågældende tidspunkt størrelsesmæssigt svarer til indbetalinger på en sædvanlig arbejdsmarkedspension for det pågældende område, normalt kunne betragtes som rimelige. Dette antages at måtte gælde uanset, om vedkommende er ansat eller ej på indbetalingstidspunktet og uanset, om pensionsordningen er et led i en ansættelse eller ej. Men overstiger indbetalingerne det sædvanlige for området, vil de normalt ikke kunne anses for rimelige.<sup>10</sup>

På nogle områder er arbejdsmarkedspensionerne så vidt vides af ret begrænset størrelse. På disse områder kan der være et særligt behov for at supplere arbejdsmarkedspensionen med yderligere indbetalinger. I relation til den norm for det rimelige, der er fastlagt i rvl. § 16 b, må et sådant supplement vist nok nødvendigvis anses for en ekstra opsparing, hvorfor den ikke kan udtages forlods som en rimelig pensionsordning, medmindre den anden ægtefælle har en lignende ordning.<sup>11</sup>

Selv om en ægtefælle kan udtage en pensionsordning forlods som en rimelig pensionsordning, kan vedkommende dog efter omstændighederne pålægges at afgive et beløb til den anden ægtefælle. Det vil både kunne forekomme efter rvl. § 16 d og § 16 e om henholdsvis fællesskabskompensation og rimelighedskompensation, jf. nærmere nedenfor i afsnit 6 og 7.

Efter rvl. § 16 b, stk. 2 udtager en ægtefælle endvidere forlods beløb fra rimelige kapitalpensionsrettigheder eller supplerende engangsydelser, der allerede er udbetalt, i det omfang beløbene ikke må anses for at være forbrugt. Også surrogater og indtægter af sådanne beløb udtages forlods i det omfang, beløbene ikke er forbrugt. Dog kan et beløb ikke udtages forlods, hvis det ved udbetalingen har mistet sin karakter af pensionsopsparing. Formuleringen i § 16 b, stk. 2 afviger lidt fra formuleringen i § 16 a, stk. 2. I den sidstnævnte bestemmelse anføres, at forlodsudtagelsen omfatter udbetalte beløb fra kapitalpensionsrettigheder *eller fra lignende rettigheder* samt supplerende engangsydelser. Den kursiverede passage er ikke indeholdt §

<sup>9</sup> Jf. *Betænkning nr. 1466-2005* s. 188 f.

<sup>10</sup> Jf. *Betænkning nr. 1466-2005* s. 189 f. Mindretallet ville kun inddrage pensionsordninger, der havde en rent spekulativ karakter, idet man fandt dette bedst stemmende med et nutidigt pensionsopsparingsmønster, jf. *betænkningens* s. 190 f.

<sup>11</sup> Det er naturligvis en smagssag, om man mener, at der bør ske deling i et sådant tilfælde, men eksemplet illustrerer, at afgrænsningen efter omstændighederne virker ret snæver.



16 b, stk. 2. Tilsyneladende er der imidlertid ikke tilsigtet nogen reel forskel hvad dette angår, idet det blot i ministeriets bemærkninger til § 16 a, stk. 2 ved fremsættelsen anføres, at »bestemmelsen svarer til den længstlevende ægtefælles adgang til forlods at udtage sådanne beløb under skifte af dødsboet. Der henvises til § 16 a, stk. 2, og bemærkningerne til denne bestemmelse.«<sup>12</sup>

§ 16 b, stk. 2 omfatter kun beløb, der er udbetalt fra rimelige ordninger. Da en tilsvarende begrænsning ikke er indeholdt i § 16 a, stk. 2, vil der imidlertid på dette punkt være en forskel mellem bestemmelsernes anvendelsesområde.

#### 4. Pensioner der indgår i fællesboet

Som nævnt indgår værdien af øvrige pensionsrettigheder i delingen af fællesboet, jf. rvl. § 16 b, stk. 3. Det vil selvsagt være pensionsrettigheder, der ikke kan udtages forlods som rimelige pensionsrettigheder i medfør af § 16 b, stk. 1 og stk. 2. Det vil imidlertid også være beløb, der er udbetalt fra livsbetingede pensioner og ratepensioner. Under hensyn til at beløb, der er udbetalt fra rimelige kapitalpensioner, og indtægter af sådanne beløb kan udtages forlods, er det bemærkelsesværdigt, at udbetalinger fra en ratepension, der ofte sker over en kort årrække, ikke kan udtages forlods, selv om beløbet måtte være afsondret fra den øvrige formue. Denne ordning er imidlertid valgt for at forenkle regelsættet.<sup>13</sup>

De særlige problemer, der kan opstå, når pensionsordninger skal indgå i delingen af fællesboet, er omtalt nedenfor i afsnit 8.

#### 5. Kortvarige ægteskaber

Har ægteskabet været af kortere varighed, udtager ægtefællerne alle pensionsrettigheder forlods af fællesboet, jf. rvl. § 16 c. Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at et ægteskab normalt kan anses for kortvarigt, hvis det har varet i mindre end 5 år. Selv om parterne har haft et forudgående samliv, skal der som udgangspunkt ikke tages hensyn dertil. Efter omstændighederne antages det dog, at der kan lægges nogen vægt på et forudgående samliv med økonomisk fællesskab af nogen længde.<sup>14</sup>

Bestemmelsen er for så vidt en pendant til fællesboskiftelovens § 69 a. Hvor fællesboskiftelovens § 69 a er en regel, der efter omstændighederne giver mulighed for skævdeling, når ægteskabet har været kortvarigt uden økonomisk fællesskab af betydning, går rvl. § 16 c ud på automatisk forlods udtagelse af alle pensionsordninger.

<sup>12</sup> Jf. *FT 2005-06, Tillæg A* s. 4422 ff. Jf. tillige *Betænkning nr. 1466-2005* s. 202.

<sup>13</sup> Jf. *Betænkning nr. 1466-2005* s. 201 f.

<sup>14</sup> Jf. ministerens bemærkninger til § 16 c i *FT 2005-06, Tillæg A* s. 4422 ff. og *Betænkning nr. 1466-2005* s. 191.

I øvrigt omfatter § 16 c de samme pensionsordninger som rvl. § 16 b, herunder også udbetalte beløb, jf. rvl. § 16 c, stk. 2. Den selvstændige betydning af rvl. § 16 c er imidlertid, at den giver adgang til forlods udtagelse af pensioner, der ikke må anses for rimelige.

Er der tale om indbetalinger i et omfang, der ligger ud over en rimelig pensionsordning, vil der, hvis der er foretaget ekstraordinært store indbetalinger, kunne være tale om et misbrug, der kan begrunde et vederlagskrav efter rvl. § 23, stk. 1. Har den ene ægtefælle foretaget væsentligt større pensionsindbetalinger end den anden, vil der efter omstændighederne også kunne blive tale om et kompensationskrav efter reglen i rvl. § 16 d, der er omtalt i afsnit 7.

## 6. Fællesskabskompensation

Har den ene ægtefælle som følge af ægteskabet fået en mindre pensionsopsparring end rimeligt, vil skifteretten ved skifte i anledning af separation, skilsmisse eller bosondring kunne bestemme, at den anden ægtefælle skal yde kompensation derfor, jf. rvl. § 16 d. I bestemmelsens stk. 1 angives betingelserne for denne kompensation. Efter bestemmelsens nr. 1 kræves, at ægtefællen under ægteskabet har foretaget en mindre pensionsopsparring, end hvad der svarer til en rimelig pensionsordning for den pågældende, og dette skal efter bestemmelsens nr. 2 skyldes, at denne ægtefælle af hensyn til familien eller den anden ægtefælle helt eller delvis har været uden for arbejdsmarkedet, haft orlov eller arbejdet på nedsat tid.

Som det fremgår, skal årsagen til den begrænsede pensionsindbetaling ligge i ægteskabet. Har vedkommende arbejdet på fuld tid inden for et område, hvor en arbejdsmarkedspension ikke er ret stor, kan der ikke gives kompensation efter denne bestemmelse. Har vedkommende arbejdet på deltid med henblik på at kunne beskæftige sig med andre interesser, fx kunstneriske, giver bestemmelsen principielt heller ikke mulighed for at yde kompensation. I sådanne tilfælde vil det efter omstændighederne være et vurderingsspørgsmål, om ægtefællen har haft deltidsbeskæftigelse af hensyn til familien eller af hensyn til den kunstneriske aktivitet. Medmindre aktiviteten har været indtægtsgivende, må vurderingen formentlig ofte falde ud til, at deltidsbeskæftigelsen har været begrundet i hensynet til familien. Dette gælder måske i særlig grad, hvis der er børn i familien.<sup>15</sup>

I rvl. § 16 d, stk. 2 er det fastsat, at kompensationsbeløbet højst kan udgøre halvdelen af forskellen mellem værdien af den pensionsopsparring, hver af ægtefællerne har foretaget under ægteskabet af midler fra fællesejet. At det kun er indbetalinger under ægteskabet, der indgår ved fastsættelse af et kompensationsbeløb, er en logisk konsekvens af, at kompensationsbeløbet

<sup>15</sup> Jf. herved ministerens bemærkninger til § 16 d i *FT 2005-06, Tillæg A s. 4422 ff.* og *Be-tænkning nr. 1466-2005 s. 192 ff.*

netop er begrundet i det forhold, at ægtefællen har indbetalt mindre på en pensionsordning under ægteskabet. Har begge ægtefæller haft en beskeden pensionsindbetaling, giver bestemmelsen ikke mulighed for at fastsætte et kompensationsbeløb, selv om den ene – og kun den ene – ægtefælle har været på deltid og af den grund har en væsentlig mindre pensionsindbetaling end sædvanligt for en person i det pågældende erhverv.

Det anføres i motiverne,<sup>16</sup> at der kun bliver tale om at fastsætte et kompensationsbeløb, hvis den manglende pensionsindbetaling overstiger en vis bagatelgrænse svarende til op mod to års pensionsindbetalinger for en fuldtidsforsikret. Endvidere anføres det at være en naturlig følge af, at der i øvrigt i formueforholdet gælder en lighedsnorm, at der ikke skal betales kompensation, hvis den, der under ægteskabet har opsparet mindst til pension, har en pensionsordning, der er lige så stor som den anden ægtefælles. Dette ville kunne være aktuelt, hvis vedkommende inden ægteskabet havde indbetalt mere på en pensionsordning end den anden ægtefælle.

Kompensation skal heller ikke betales af en ægtefælle, der er insolvent. Ved bedømmelse af solvensen skal pensionsordningens nettoværdi medregnes. Solvens har således i denne sammenhæng en anden betydning end ved kreditorforfølgning. Livsforsikringer og pensionsordninger er undtaget fra kreditorforfølgning, dvs. de kan ikke danne grundlag for udlæg, ligesom de ikke indgår i et konkursbo. Der tages således heller ikke hensyn til sådanne ved bedømmelse af en skyldners solvens efter konkurslovens § 17.

## 7. Urimeligt ringe kompensation

Har den ene ægtefælle en betydelig pensionsopsparing, medens den anden har en meget mindre eller ingen pensionsopsparing, kan det virke mindre rimeligt ved separation eller skilsmisse. I rvl. § 16 e er der derfor indsat en bestemmelse efter samme model som ægteskabslovens § 56 om en ægtefælle, der efter separationen eller skilsmissen vil blive stillet urimeligt ringe. Rvl. § 16 e fastsætter, at skifteretten ved skifte af et fællesbo i anledning af separation, skilsmisse eller bosondring kan træffe afgørelse om, at en ægtefælle skal betale et beløb til den anden for at sikre, at denne ikke stilles urimeligt ringe i pensionsmæssig henseende. I bestemmelsen er anført to betingelser, der skal være til stede, for at der kan fastsættes et kompensationsbeløb. I § 16 e, stk. 1, nr. 1 er angivet, at ægteskabet skal have været af længere varighed og i nr. 2 er det fastsat, at der skal være stor forskel i værdierne af ægtefællernes pensionsrettigheder. I bestemmelsens stk. 2 er det endvidere anført, at der ved afgørelsen skal tages hensyn til ægteskabets varighed, ægtefællernes formueforhold og omstændighederne i øvrigt.

<sup>16</sup> Jf. ministerens bemærkninger til § 16 d i *FT 2005-06, Tillæg A* s. 4422 ff. og *Betænkning nr. 1466-2005* s. 194 f.

Det fremgår af motiverne til bestemmelsen,<sup>17</sup> at et ægteskab for at kunne anses for at have været af længere varighed i denne henseende normalt skal have været i 15 år eller mere. Dog kan der i denne sammenhæng tages hensyn til et forudgående samliv med økonomisk fællesskab. På dette punkt adskiller bestemmelsen sig således ganske væsentligt fra ægteskabslovens § 56, hvor der undertiden tilkendes et beløb fra den ene ægtefælles særeje til den anden for at hindre at vedkommende stilles urimeligt ringe, selv om ægteskabet kun har været i forholdsvis meget kortere tid.<sup>18</sup> Denne forskel er begrundet i det forhold, at pensionsopsparing normalt er en længerevarende proces, medens en urimelighed i tilfælde af separation eller skilsmisse, hvor den ene har haft et betydeligt særeje, lettere vil kunne fremtræde efter relativt få år.

Har den pensionsmæssigt ringest stillede ægtefælle et særeje, der kompenserer den manglende pensionsopsparing, skal der ikke ydes kompensation. Modtager vedkommende en betydelig boslod, herunder en del af pensionsordninger, der ikke kan udtages forlods, vil det også kunne kompensere den manglende pensionsopsparing, således at der ikke skal ydes kompensation. Skal der kompenseres efter § 16 d, og bringer denne kompensation ægtefællens pension på tilstrækkeligt niveau, skal der ikke kompenseres efter § 16 e også. Tilsvarende kan det indgå i vurderingen, hvis den ene ægtefælle har det væsentligste af sin opsparing i rimelige pensionsordninger, der kan udtages forlods, medens den anden har hele sin opsparing i andre aktiver, der skal deles ved skiftes.

Ved sammenligning af pensionsordninger, er det pensionen ved alderspensionering, der er afgørende, medens invaliditetsydelser o.l. ikke er afgørende. For så vidt angår kapitalpensioner, må der ske en vurdering af, hvad en opsparing af den pågældende størrelse vil svare til i en løbende pension. En forskel på op til ca. 50.000 kr. før skat mellem ægtefællernes pensionsordninger fremskrevet til det sædvanlige pensioneringstidspunkt vil normalt ikke kunne anses som værende for stor, idet der herved bortses fra folkepension og andre offentlige ydelser. Der skal efter motiverne heller ikke kompenseres i videre omfang, end der fortsat vil være en forskel af denne størrelse.<sup>19</sup> Beløbet er ikke nævnt som en absolut grænse, og størrelsen vil løbende skulle tilpasses.

<sup>17</sup> Jf. ministerens bemærkninger til § 16 e i *FT 2005-06, Tillæg A* s. 4422 ff. og *Betænkning nr. 1466-2005* s. 197.

<sup>18</sup> Jf. om anvendelsen af ægteskabslovens § 56 fx *Ingrid Lund-Andersen m.fl.: Familieret* s. 273 ff., *Linda Nielsen: Familieretten* (4. udg. 2006) s. 62 f. og *Godsk Pedersen: Familie- og arveret* s. 105 ff. alle medhenvisninger.

<sup>19</sup> Jf. ministerens bemærkninger til § 16 e i *FT 2005-06, Tillæg A* s. 4422 ff. og *Betænkning nr. 1466-2005* s.198 f.

Som nævnt skal kompensation sikre mod, at en ægtefælle stilles urimeligt ringe i pensionsmæssig henseende. Det antages derfor, at et kompensationsbeløb ikke skal bringe en ægtefælles pension op over et niveau, der svarer til den pension, en »faglært tjenestemand med fuld pensionsalder, der fratræder ved det 62. år ville opnå ved sit 65. år, altså fra det tidspunkt, hvor den pågældende yderligere kan få folkepension.«<sup>20</sup> Det svarer efter det angivne til ca. 135.000 kr. årligt efter det nuværende niveau, men beløbet anses ikke for absolut og skal i øvrigt løbende tilpasses. Det anføres endvidere, at det beløb, der skal betales, normalt ikke bør være større, end det svarer til 25 % af forskellen mellem værdien af hver ægtefælles pensionsopsparing under ægteskabet. Dette maksimum på 25 % forudsætter imidlertid, at ægteskabet har varet noget længere end de 15 år, der skal til, for at ægteskabet kan anses for at have været af længere varighed. Endvidere forudsætter det, at vedkommende ikke har stort andet end sin folkepension. Endvidere skal kompensationen konkret fastsættes under hensyntagen til parternes alder, arbejdsevne, helbred og formueforholdene i ægteskabet i øvrigt. Det må således antages, at fastsættelse af et kompensationsbeløb beror på en særdeles vanskelig konkret vurdering.

Med de angivne grænser antages det, at en ægtefælle normalt ikke kan få mere i kompensation, end at vedkommende samlet set bliver bragt på det niveau, som den pågældende ville kunne påregne, hvis vedkommende havde foretaget de sædvanlige pensionsindbetalinger for sit erhverv under ægteskabet. Under hensyn til *at* der normalt maksimalt kan gives de 25 % af forskellen i værdien af ægtefællernes pensionsordninger, *at* der normalt er et maksimum på 135.000 kr., og *at* der selv efter eventuel kompensation fortsat skal være en forskel i værdien af de løbende udbetalinger på 50.000 kr. årligt, kan der næppe være tvivl om, at antagelsen er korrekt.

## 8. Gennemførelsen af krav mod pensionsordningerne

Det er i § 16 f bestemt, at beløb, som en ægtefælle i medfør af § 16 d (fællesskabskompensation) og § 16 e (urimeligt ringe kompensation) skal betale til den anden ægtefælle, skal betales kontant. I det omfang en ægtefælle ikke kan betale beløbet kontant uden at afhænde »fast ejendom eller løsøre, der er nødvendigt for at opretholde den pågældendes erhverv, eller uden at blive afskåret fra at bevare eller erhverve en passende bolig, kan skifteretten, hvis forholdene taler for det,« fastsætte forskellige ordninger, således at begge ægtefæller alligevel tilgodeses, jf. rvl. § 16 f, jf. nærmere straks nedenfor.

I det omfang en ægtefælle har pensionsordninger, der ikke kan udtages forlods som rimelige pensionsordninger efter § 16 b, skal en ægtefælle udtage egne pensionsrettigheder, medmindre rettighederne kan ophæves, jr.

<sup>20</sup> Udsagnet er stort set enslydende i ministerens bemærkninger til § 16 e i *FT 2005-06, Tillæg A s. 4422 ff.* og i *Betænkning nr. 1466-2005 s.198.*

rvl. § 16 g, stk. 1. Reglerne i § 16 f finder imidlertid tilsvarende anvendelse på denne type krav, jf. rvl. § 16 g, stk. 2.

I rvl. § 16 f, stk. 2 er der fastsat en rækkefølge af 3 mulige ordninger, skifteretten kan fastsætte. Efter nr. 1 kan skifteretten fastsætte, at beløbet skal afdrages over en kort årrække mod en passende sikkerhedsstilling og forrentning, eller, hvis dette ikke er muligt, i nr. 2 at ægtefællen i stedet skal give den anden ægtefælle en andel af sin kapital- eller ratepension, eller endelig, hvis dette ikke er muligt, som nr. 3 at beløbet skal afdrages over en kort årrække, når en pension med løbende livsbetingede ydelser kommer til udbetaling.

Efter det sagkyndige udvalgs forslag kunne der tillige i særlige tilfælde blive tale om at lade den anden ægtefælle få del i en ægtefælles løbende livsbetingede ydelser.<sup>21</sup> Dette indgik også i ministerens oprindelige forslag.<sup>22</sup> Under behandlingen i Folketinget blev ordningen imidlertid begrænset, således at der kun er mulighed for at give en andel af en kapital- eller ratepension (nr. 2), eller fastsætte en afdragsordning enten efter nr. 1 eller den særlige mulighed i nr. 3 for at fastsætte en afdragsordning, der er udskudt til udbetalingstidspunktet for en pension med løbende livsbetingede ydelser.<sup>23</sup>

I nr. 1 er det fastlagt, at beløbet skal afdrages over en kort årrække. I motiverne til det oprindelige forslag er det anført, at det indebærer, at perioden normalt ikke kan overstige 5 år.<sup>24</sup> Dette må fortsat antages trods de øvrige ændringer i forhold til det oprindelige forslag. For så vidt angår det tilsvarende udtryk i nr. 3 er det ligeledes anført i bemærkningerne til forslaget, at perioden normalt ikke kan overstige 5 år.<sup>25</sup>

En afdragsordning, der er fastsat efter bestemmelsens nr. 1, skal være fastsat mod en passende sikkerhedsstilling og forrentning. Principielt skal beløbet forrentes med markedsrenten, hvis den skal have den anførte kontantværdi. Ved en skønsmæssig fastsættelse af beløbet vil det imidlertid være muligt at sammenholde beløbets størrelse med de vilkår, der fastsættes.<sup>26</sup>

Skal en ægtefælle give den anden ægtefælle en andel af sin kapital- eller ratepension, skal andelen om muligt gives af kapitalpensionen, jf. rvl. § 16 f, stk. 3. Andelen gives ved en deling af pensionsrettigheden.

<sup>21</sup> Jf. *Betænkning nr. 1466-2005* s. 203.

<sup>22</sup> Jf. det oprindelige forslag til § 16 f, stk. 2 nr. 2 i *FT 2005-06, Tillæg A* s. 4422 f., hvorefter der generelt kunne gives den anden ægtefælle en andel af pensionsrettigheden.

<sup>23</sup> Jf. Retsudvalgets betænkning afgivet den 18. maj 2006 i *FT 2005-06, Tillæg B* s. 1367 ff.

<sup>24</sup> Jf. ministerens bemærkninger til § 16 f i *FT 2005-06, Tillæg A* s. 4422 og *Betænkning nr. 1466-2005* s. 203.

<sup>25</sup> Jf. *FT 2005-06, Tillæg B* s. 1367 ff.

<sup>26</sup> Jf. *Betænkning nr. 1466-2005* s. 203.

Bliver der tale om udskudt afdragsbetaling efter reglen i stk. 2, nr. 3, skal den registreres og udbetales af pensionsinstituttet, jf. rvl. § 16 f, stk. 4. Beløbet reguleres med satsreguleringsprocenten, indtil pensionen kommer til udbetaling. Når udbetalingen påbegyndes, foretages der ikke yderligere regulering. Da en sådan ret for ægtefællen til en andel af pensionen ville have udløst et skattekrav efter pensionsbeskatningslovens § 30, stk. 1, indsattes der i pensionsbeskatningslovens § 30, stk. 2 et led, der indebærer, at der ikke skal betales en særlig afgift som følge af ordningen.

Kan der ikke stilles en passende sikkerhed for en afdragsordning, og er der kun en pensionsordning med løbende livsbetingede udbetalinger, er der ingen sikkerhed for, at beløbet rent faktisk bliver betalt. Det kan derfor være et spørgsmål, om det er mest hensigtsmæssigt at fastsætte et beløb efter nr. 1, eller om det måtte være mere hensigtsmæssigt at vælge en udskudt afdragsordning, hvor der i kraft af, at pensionsinstituttet skal foretage udbetaling til den berettigede, er sikkerhed for, at beløbet rent faktisk bliver betalt, hvis den ægtefælle, der havde pensionsordningen, lever på udbetalingstidspunktet. Spørgsmålet angår imidlertid ikke kun sikkerhedsproblemet. Beløb, der skal betales på grundlag af en udskudt afdragsordning, satsreguleres, medens beløb, der er fastsat efter nr. 1, skal forrentes.

I rvl. § 16 f, stk. 5 er det anført, at ægtefællerne og pensionsinstituttet ved aftale kan fravige reglerne i stk. 2 og stk. 3. Derimod skal pensionsinstituttet ikke uden videre acceptere enhver afvigende aftale, ægtefællerne måtte indgå. Aftaler ægtefællerne ved skifte af fællesboet, at en af dem skal give den anden en andel af sin pensionsrettighed, »kan pensionsinstituttet kræve, at ægtefællerne erklærer, at betingelserne for at yde compensation efter §§ 16 d og 16 e og for valg af delingsmetode efter § 16 f, stk. 2 og 3, er opfyldt,« jf. rvl. § 16 f, stk. 6. Dette indebærer principielt, at ægtefællerne ikke uden pensionsinstituttets samtykke kan fravige den ordning, der er fastsat i reglerne. Noget andet er, at delingen jo beror på et skøn, og der må formentlig levnes ægtefællerne et betydeligt skøn ved afgørelse af, om der er mulighed for at betale beløbet kontant i overensstemmelse med reglen i rvl. § 16 f, stk. 1 eller om en anden ordning er nødvendig.

## 9. Ægtefællernes særlige aftaler

Ægtefæller kan ved ægtepagt bestemme, at en pensionsrettighed skal være særeje, jf. rvl. § 16 h. En sådan aftale kan også omfatte fremtidige indbetalinger på ordningen. Det anføres i ministerens bemærkninger, at sidstnævnte er nyt.<sup>27</sup> Dette har imidlertid hidtil været praksis ved tinglysning i personbogen, at man accepterede, at fremtidige indbetalinger også kunne være særeje i det omfang, indbetalingerne lå inden for det beløb, der anerkendtes

<sup>27</sup> Jf. ministerens bemærkninger til § 16 h i *FT 2005-06, Tillæg A s. 4422 ff.*

skattemæssig fradragsret for, jf. herved oplysningerne i afgørelsen U 1997.948.<sup>28</sup>

Da rimelige pensionsordninger udtages forlods, har en ægtepagt om sær-  
eje ikke umiddelbart betydning i forbindelse med udtagelse af pensionsord-  
ningen. En særjeægtepagt har imidlertid den betydning for rimelige pensi-  
onsordninger, at der ikke kan blive tale om fællesskabskompensation eller  
urimeligt ringe kompensation efter rvl. §§ 16 d og e. For så vidt angår pen-  
sionsrettigheder, der ligger uden for det i denne sammenhæng rimelige, in-  
debærer en særjeægtepagt selvsagt også, at de kan udtages. Er der indskudt  
midler, der ellers ville være indgået i formuedelingen, i et sådant omfang, at  
det må karakteriseres som misbrug, vil der kunne blive tale om et veder-  
lagskrav efter rvl. § 23. Endvidere vil ægteskabslovens § 56 efter omstæn-  
dighederne indebære, at det kan pålægges den ægtefælle, der har et stort  
særeje, at afgive et beløb til den anden ægtefælle for at forhindre, at denne  
stilles urimeligt ringe efter separationen eller skilsmissen.

I rvl. § 16 h, stk. 2 er det bestemt, at ægtefæller ved ægtepagt kan be-  
stemme, at værdien af en kapital- eller ratepension skal indgå i delingen af  
fællesboet ved skifte i anledning af separation, skilsmisse eller bosondring.  
Derimod kan der ikke aftales tilsvarende for pensionsrettigheder, der giver  
ret til livsbetingede løbende ydelser.

## 10. Retten til bevarelse af enkepension efter separation eller skilsmisse

Samtidig med vedtagelsen af loven om ændring af retsvirkningsloven ved-  
toges lov nr. 484 af 7. juni 2006 om bevarelse af ret til ægtefællepension  
ved separation og skilsmisse. Den trådte i kraft den 1. januar 2007 og finder  
anvendelse på separationer og skilsmisser, der meddeles efter lovens ikraft-  
træden. Enkepension for hustruer, der var separerede eller skilte ved lovens  
ikrafttræden, vil blive bevaret, jf. nærmere lovens § 15-17.

Ægtefællepensionsloven (æpl.) fastlægger i § 1 en række betingelser for  
bevarelse af ægtefællepension efter separation eller skilsmisse. Bestemmel-  
sens stk. 1 indeholder 3 betingelser, der skal være til stede, for at ægtefælle-  
pensionsretten bevares. Nr. 1 fastlægger, at den tidligere ægtefælle skal væ-  
re bidragspligtig over for den fraseparerede eller fraskilte ægtefælle på sepa-  
rations- eller skilsmissetidspunktet. Nr. 2 fastlægger, at parternes ægteskab  
inden separationen eller skilsmissen uden forudgående separation skal have  
bestået i mindst 5 år. En separationsperiode medregnes således ikke i de 5 år.  
Heller ikke en samlivsperiode forud for ægteskabet tæller med i de 5 år.  
Endelig bestemmes det i nr. 3, at den tidligere ægtefælle skal have en pensi-

<sup>28</sup> Jf. herved fx *Ingrid Lund-Andersen m.fl.*: Familieret s. 413 f., *Irene Nørgaard*: Formue-  
ordninger (2001) s. 136 ff. og *Godsk Pedersen*: Familie- og arveret s. 28.



onsordning, der er et led i eller er oprettet som led i et ansættelsesforhold eller i ATP og indeholder en kollektivt beregnet ægtefællepensionsordning.

Som det ses, er adgangen til bevarelse af ægtefællepension efter æpl. knyttet til en bidragspligt. Er bidragspligten tidsbegrænset, bevares retten til ægtefællepension kun i den pågældende periode, jf. æpl. § 2.<sup>29</sup> Efter andre regler kan retten til ægtefællepension bevares i videre omfang. Det kan følge af et pensionsregulativ eller lignende, at retten til ægtefællepension bevares i separationstiden. En sådan bestemmelse gælder uanset æpl., jf. dennes § 1, stk. 4. Er der en sådan bestemmelse i et pensionsregulativ, er det selvsagt uden betydning, om der er fastsat bidrag, og om eventuelle bidrag er tidsbegrænsede, jf. æpl. § 2, stk. 1, 2. punktum.

Særlig restriktiv er man i forhold til aftalte, gensidige ægtefællebidrag. I æpl. § 1, stk. 2 er det bestemt, at hvis en gensidig bidragspligt følger af en aftale mellem ægtefællerne, bevares retten til ægtefællepension dog kun, hvis der har været fastsat bidrag i bidragsperioden, og der rent faktisk blev betalt ægtefællebidrag ved den bidragspligtiges død. Bestemmelsen er vendt mod aftaler, hvis reelle formål i realiteten kun er at bevare ægtefællepension i videre omfang, end det i øvrigt følger af lovgivningen eller pensionsregulativer og lignende.<sup>30</sup>

Har ægtefællerne indgået en aftale om bidragets størrelse, bevares retten til ægtefællepension kun, hvis det på separations- eller skilsmissetidspunktet aftalte bidrag for hele bidragsperioden udgør et årligt grundbeløb, der mindst svarer til det på dette tidspunkt gældende normalbidrag for bidrag til børn, som fastsættes i lov om børnetilskud og forskudsvis udbetaling af børnebidrag, jf. æpl. § 1, stk. 3. Også denne bestemmelse er vendt mod bidragsaftaler, hvis reelle formål er at bevare ægtefællepension, jf. herom foran i afsnit 1.<sup>31</sup> Da længstlevende herved stilles ringere ved en aftale end ved fastsatte bidrag, vil det ofte være en dårlig idé at løse problemet ved aftale. Ofte vil det være mere hensigtsmæssigt at få fastsat bidragspligten. Er parterne i øvrigt enige, vil vilkåret vist nok ofte i skilsmisse- eller separationsbevillingen blive fastsat eller kunne komme til at fremtræde som fastsat.

Ægtefællerne kan aftale, at retten til ægtefællepension ikke skal bevares, jf. æpl. § 3.<sup>32</sup> En ægtefællepensionsberettiget kan endvidere efter skilsmis-

<sup>29</sup> Ved udbetaling af kapitaliserede ydelser efter lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension § 11 tages der dog kun hensyn til, om der var bidragspligt på tidspunktet for medlemmets død.

<sup>30</sup> Jf. ministerens bemærkninger i *FT 2006-06, Tillæg A* s. 4459 ff. og *Betænkning nr. 1466-2005* s. 244.

<sup>31</sup> Jf. foregående note.

<sup>32</sup> Det sagkyndige udvalgs forslag indeholdt i § 3 tillige en bestemmelse om, at aftalen kun var gyldig, hvis den kom til at fremgå af bevillingen eller dommen, jf. *Betænkning nr.*

sen, men inden sin tidligere ægtefælles død, give afkald på sin ret til ægtefællepension til fordel for sin tidligere ægtefælles nuværende ægtefælle, jf. æpl. § 5, stk. 1. Et afkald efter bestemmelsen i § 5, stk. 1, kan dog betinges af, at vedkommende kan fremlægge tilfredsstillende helbredsoplysninger. Sidstnævnte skal ses i sammenhæng med, at ægtefællepensionen jo bortfalder ved den berettigedes død, jf. også nedenfor om § 8.

Efter omstændighederne kan der ved dom eller aftale efterfølgende ske ændringer af en afgørelse om bidragspligt eller bidragets størrelse som følge af efterfølgende omstændigheder. Skyldes en sådan ændring udelukkende eller i det væsentlige efterfølgende omstændigheder, berøres retten til ægtefællepension ikke deraf, jf. æpl. § 4, stk. 1. Træffes der ved skilsmisse ved dom eller aftale anden beslutning om bidragspligt eller om ægtefællepensionsret end ved separationen, er det ved skilsmissen besluttede afgørende for pensionsrettens bevarelse, jf. æpl. § 4, stk. 2. Den ændring i omstændighederne, der sker ved den berettigedes indgåelse af nyt ægteskab, medfører dog bortfald af ægtefællepensionsretten, medmindre ægteskabet indgås med den tidligere ægtefælle, jf. æpl. § 6.

Det forekommer, at en eller flere tidligere og en nuværende ægtefælle alle er berettigede til ægtefællepension. I så fald deles pensionen mellem dem i forhold til det antal påbegyndte år, hvori de hver har været gift med den pågældende indtil separationen, skilsmissen eller dødsfaldet. Den nuværende ægtefælles andel skal dog mindst udgøre en tredjedel af pensionen, jf. æpl. § 7. Efter den tidligere ægtefælles død påvirker det forhold, at pensionsretten for en af flere berettigede bortfalder, som udgangspunkt ikke de øvriges pensionsret. Ophører pensionsretten for en af de berettigede som følge af tidsbegrænsning af bidragspligten, indtræder de øvrige dog i retten til denne del ved ophøret af den pågældendes ret, jf. æpl. § 8.

Ved udtræden eller tilbagekøb af en pensionsordning har den fraseparerede eller fraskilte ægtefælle ret til en tredjedel af godtgørelsen eller tilbagekøbsværdien, medmindre vedkommende kun var berettiget til tidsbegrænsede bidrag, jf. æpl. § 9, stk. 1. Er der flere berettigede, deles beløbet mellem dem efter princippet i lovens § 7, jf. § 9, stk. 2. Det følger endvidere af bestemmelsens noget kryptiske ordlyd, at hvis der er en nuværende ægtefællepensionsberettiget ægtefælle, reduceres de øvriges ret efter samme princip som i § 7. Det følger endvidere af § 9, stk. 3, at hvis den tidligere ægtefælle har ret til at få udbetalt en eventuel supplerende engangsydelse, er de fraseparerede eller fraskilte ægtefæller ikke berettigede til at få del i denne ydelse.

Overgår en person til en anden pensionsordning, må den fraskilte eller fraseparerede ægtefælles ret til ægtefællepension ikke forringes væsentligt.

---

1466-2005 s. 241 og 246, men dette indgik ikke i ministerens forslag, jf. FT 2005-06, Tillæg A s. 4459.

Er den ægtefællepensionsberettigede kun tillagt bidrag for en tidsbegrænset periode, gælder denne begrænsning dog ikke, jf. æpl. § 10.

I æpl. § 12 er der indeholdt en regel om individuelle overlevelserefter. Er der tegnet en individuel overlevelserefter for ægtefællen som led i et ansættelsesforhold, udtages denne overlevelserefter af ægtefællen. Det gælder imidlertid ikke, hvis den pågældende kan få den overført til sin egen pension. I så fald tilfalder overlevelserefteren kun ægtefællen, hvis betingelserne i § 1, stk. 1, nr. 1 og 2 er opfyldt, dvs. de almindelige betingelser for bevarelse af ægtefællepensionsret.

# EF-traktatens artikel 228, stk. 2

## Medlemsstaternes bødeansvar for manglende efterlevelse af domme for traktatbrud

af

*Peter Starup*

### 1. Problemstillingen

Hvis Kommissionen finder, at en medlemsstat har handlet i strid med EF-traktaten eller sekundær lovgivning, kan den anlægge en sag om traktatkrænkelse mod denne medlemsstat ved EF-domstolen (herefter »Domstolen«) efter EF-traktatens art. 226.<sup>1</sup> Hvis Kommissionen efterfølgende finder, at medlemsstaten, på trods af en dom for traktatbrud, ikke har opfyldt sine forpligtelser efter dommen, kan Kommissionen i medfør af EF-traktatens art. 228, stk. 2, anlægge en ny sag med påstand om, at medlemsstaten skal betale et fast beløb eller en tvangsbøde til Kommissionen. Domstolen har siden Maastricht-traktatens ikrafttrædelse den 1. november 1993 haft mulighed for at idømme medlemsstaterne sådanne bøder.<sup>2</sup> I det følgende analyseres de tre domme, der i skrivende stund (februar 2007) er afsagt efter proceduren i art. 228, stk. 2, samt de meddelelser, hvori Kommissionen har udtrykt sin holdning til anvendelsen af denne procedure.<sup>3</sup>

### 2. Baggrunden for art. 228, stk. 2

For at sikre, at medlemsstaterne ikke handler i strid med fællesskabsretten, indeholder EF-traktaten en række søgsmålsprocedurer. Foruden art. 226 og 227, giver art. 234 Domstolen mulighed for at konstatere, at medlemsstaterne har handlet i strid med fællesskabsretten. Efter sidstnævnte bestemmelse

<sup>1</sup> En tilsvarende søgsmålskompetence er tillagt medlemsstaterne indbyrdes, jf. EF-traktatens art. 227, men denne bestemmelse anvendes i modsætning til art. 226 kun yderst sjældent.

<sup>2</sup> Med traktaten om Den Europæiske Union (Maastricht-traktaten) blev der ved art. G, nr. 51, indsat et stk. 2 i EØF-traktatens art. 171. Bestemmelsen blev ved Amsterdamtraktatens ikrafttræden den 1. maj 1999 til art. 228, stk. 2 EF.

<sup>3</sup> Se i øvrigt M. Ruffert, (2004) 41 *CML Rev.* 1387; L. Borszak, »Punishing Member States or Influencing Their Behaviour or *ludex (non) calculat?*« (2001) 13 *JEL* 235; C. Hilson, »Article 228 and the Enforcement of EC Environmental Law« (2001) 3 *Env. LR* 131; J. Steiner, »From Direct Effects to *Francovich*: Shifting Means of Enforcement of Community Law« (1993) 18 *EL Rev.* 3; og Szyszczak, »EC Law: New Remedies, New Directions?« (1992) 55 *MLR* 690.

har de nationale domstole adgang til og i visse tilfælde pligt til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen og gyldigheden af fællesskabsregler. Disse søgsmålsprocedurer er karakteriseret ved, at Domstolen som udgangspunkt kun tager stilling til, om den pågældende medlemsstat har overtrådt EF-traktaten eller sekundære retsakter (ved de præjudicielle spørgsmål udtaler Domstolen sig undertiden kun om jus og overlader subsumptionen af jus og fakta til den nationale domstol). Derimod tager Domstolen sædvanligvis ikke stilling til, om der skal være *økonomiske sanktioner* knyttet til en medlemsstats overtrædelse af fællesskabsretten.<sup>4</sup> Domstolen har fastslået, at medlemsstaterne kan ifalde erstatningsansvar for manglende overholdelse af fællesskabsretten,<sup>5</sup> men overlader bedømmelsen heraf til de nationale domstole. Hvis borgere eller virksomheder mener at have et erstatningskrav mod en medlemsstat efter de betingelser, der er opstillet i Domstolens praksis, er de derfor henvist til at indtale sådanne krav ved de nationale domstole.

Mens borgere og virksomheder kan lægge økonomisk pres på en medlemsstat, var dette for Kommissionens vedkommende ikke muligt før Maastricht-traktatens ikrafttrædelse. Den tidligere udgave af art. 228, der kun indeholdt et stk. 1, pålagde blot medlemsstaterne at opfylde domme for traktatbrud efter art. 226 og 227, hvilket må siges at være en noget mild »sanktion«. Med Maastricht-traktaten tilføjedes art. 228 et stk. 2, der som nævnt giver Domstolen mulighed for på foranledning af Kommissionen at idømme en medlemsstat erstatning for manglende opfyldelse af en dom for traktatbrud efter art. 226.

Ifølge art. 228, stk. 2, første afsnit, skal Kommissionen give den pågældende medlemsstat lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger, hvorefter Kommissionen kan afgive medlemsstaten en begrundet udtalelse. I modsætning til den begrundede udtalelse i art. 226, stk. 1, skal denne udtalelse præcisere, på hvilke punkter medlemsstaten ikke har efterkommet traktatbrudsdommen. Kommissionen skal i den forbindelse fastsætte en frist, inden for hvilken dommen skal være opfyldt. Sker det ikke, kan Kommissionen ifølge art. 228, stk. 2, andet afsnit, indbringe sagen for Domstolen og skal i den angive størrelsen af det faste beløb eller den tvangsbøde, som den pågældende medlemsstat skal betale, og som den efter omstændighederne finder passende. Hvis Domstolen fastslår, at den pågældende medlemsstat ikke har efterkommet den oprindelige traktatbrudsdom, kan Domstolen ifølge art. 228, stk. 2, tredje afsnit, pålægge den betaling af et fast beløb eller en

<sup>4</sup> Domstolen har fastslået, at medlemsstaternes erstatningsansvar undtagelsesvist kan underlægges tidsmæssige begrænsninger, jf. fx sag 43/75, *Defrenne mod Sabena*.

<sup>5</sup> Se især forenede sager C-6 og 9/90, *Francovich*, forenede sager C-46 og 48/93, *Brasserie du Pêcheur*, og sag C-224/01, *Köbler*.

tvangsbøde.<sup>6</sup> Det fremgår af art. 228, stk. 2, fjerde afsnit, at fremgangsmåden i art. 228, stk. 2, ikke berører bestemmelserne i art. 227.

Hvor erstatningssøgsmål mod medlemsstater ved de nationale domstole typisk kommer på tale i tilfælde, hvor bestemte, let identificerbare borgere eller virksomheder lider et målbart økonomisk tab, er sådanne søgsmål ikke et effektivt våben mod medlemsstaterne i tilfælde, hvor en større, ubestemt personkreds lider skade. Art. 228, stk. 2, må derfor antages at få størst betydning i sager om overtrædelse af EU-miljøregler.<sup>7</sup>

### 3. Kommissionens to første meddelelser

I 1996 udsendte Kommissionen i medfør af EF-traktatens art. 249 en meddelelse vedrørende sin holdning til EF-traktatens art. 228, stk. 2.<sup>8</sup> Kommissionen understreger, at denne meddelelse kun skal ses som et første udkast til en strategi, hvis endelige udformning må bero på, hvordan Domstolens praksis på området udvikler sig.<sup>9</sup> Efter Kommissionens opfattelse er tvangsbøder den mest velegnede sanktion, eftersom det grundlæggende formål med overtrædelsesproceduren er så hurtigt som muligt at få den pågældende medlemsstat til at efterkomme den oprindelige dom for traktatbrud.<sup>10</sup> Denne bødes størrelse bør efter Kommissionens opfattelse bygge på tre grundlæggende kriterier, nemlig 1) overtrædelsens karakter, 2) overtrædelsens varighed og 3) nødvendigheden af at sikre en præventiv effekt med henblik på at undgå gentagelser.<sup>11</sup> Derudover vil Kommissionen lægge vægt på betydningen af de fællesskabsregler, der overtrædes, og konsekvenserne af denne overtrædelse for generelle og individuelle interesser, i hvilken forbindelse der som eksempel nævnes, at en overtrædelse af princippet om ikke-diskrimination altid skal betragtes som meget graverende.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Selv om ordlyden giver indtryk af, at der enten er tale om en bøde eller et fast beløb, har Domstolen fastslået, at begge sanktioner kan anvendes samtidig, jf. nedenfor under 3.3.

<sup>7</sup> Selv med art. 228, stk. 2, er Kommissionens rolle som traktatens vogter begrænset af, at en medlemsstat først skal dømmes for traktatbrud efter art. 226, før Kommissionen får mulighed for at true med en økonomisk sanktion. Dette betyder, at en medlemsstat i flere år kan opretholde regler i strid med fællesskabsretten, uden anden konsekvens end prestige-tabet ved at blive dømt for traktatbrud. I forbindelse med udarbejdelsen af forfatningstraktaten blev det derfor foreslået, at det allerede i forbindelse med anlæggelsen af den første traktatbrudssag skulle være muligt for Kommissionen at nedlægge påstand om bødestraf. I forfatningstraktatens endelige udformning kom dette kun til at omfatte tilfælde, hvor en medlemsstat ikke har overholdt sin forpligtelse til at meddele gennemførelsesforanstaltninger til en Europæisk rammelov (svarer til et direktiv), jf. art. III-362, stk. 3.

<sup>8</sup> EFT 1996 C 242/07.

<sup>9</sup> Se meddelelsens pkt. 2.

<sup>10</sup> Se meddelelsens pkt. 4.

<sup>11</sup> Se meddelelsens pkt. 5.

<sup>12</sup> Se meddelelsens pkt. 6.1.

I 1997 suppleredes 1996-meddelelsen af en meddelelse, der i højere grad fokuserer på den specifikke beregning af tvangsbødens størrelse.<sup>13</sup> Ifølge 1997-meddelelsen skal den daglige tvangsbøde beregnes ved at multiplicere en grundsats på 500 EUR pr. dag med en koefficient, der afspejler overtrædelsens karakter (fra 1-20), der igen multipliceres med en koefficient, der afspejler overtrædelsens varighed (fra 1-3), hvorefter dette resultat multipliceres med en fast sats for hvert land (n-faktoren), der består af et vejet gennemsnit af den pågældende medlemsstats BNP og det antal stemmer, den har i Ministerrådet.

Disse meddelelser blev i 2005 erstattet af en ny meddelelse, jf. nedenfor under 5.

## 4. Retspraksis

### 4.1. Sag C-387/97, Kommissionen mod Grækenland

I denne sag skulle Domstolen for første gang træffe afgørelse vedrørende EF-traktatens art. 228, stk. 2. Sagens baggrund var, at Domstolen den 7. april 1992 i sag C-45/91, *Kommissionen mod Grækenland*, havde fastslået, at Grækenland havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til en række bestemmelser i to affaldsdirektiver,<sup>14</sup> idet der ikke var blevet truffet de nødvendige foranstaltninger for at sikre bortskaffelse af affald samt giftigt og farligt affald på en losseplads i Chania-området på Kreta.

Da Kommissionen ikke modtog oplysninger om foranstaltninger til opfyldelse af dommen, påmindede den de græske myndigheder om traktatbruddet. Dette blev indledningen til en dialog mellem Kommissionen og de græske myndigheder, der kulminerede med, at Kommissionen – mere end fire år efter afsigelsen af den oprindelige dom – mente at kunne konstatere, at planen for bortskaffelse af affald på lossepladsen endnu kun var på det forberedende stadium. Derfor afgav Kommissionen den 6. august 1996 de græske myndigheder en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede disse til at bringe overtrædelsen til ophør inden for en ny frist på to måneder. Efter yderligere korrespondance med de græske myndigheder, besluttede Kommissionen til sidst at anlægge sag efter art. 228, stk. 2, og foreslog i den forbindelse pålæggelse af en tvangsbøde på 24.600 EUR for hver dags forsinkelse regnet fra afsigelsen af dommen i den anlagte sag. I stedet for betaling af et fast beløb, var Kommissionen af den opfattelse, at en økonomisk sanktion i form af en tvangsbøde ville være det mest hensigtsmæssige middel til hurtigst muligt at få opfyldt dommen i den oprindelige traktatbrudssag.

Kommissionen fik medhold heri ved Domstolen, der afsagde dom i sagen den 4. juli 2000. Ved udmålingen af den tvangsbøde, Grækenland skulle på-

<sup>13</sup> EFT 1997 C 63/02.

<sup>14</sup> Art. 4 og 6 i direktiv 75/442 af 15. juli 1975 om affald (EFT 1975 L 194/39), og art. 5 og 12 i direktiv 78/319 af 20. marts 1978 om giftigt og farligt affald (EFT 1978 L 84/43).

lægges, tog Domstolen udgangspunkt i den beregningsmetode, som er opstillet i to omtalte meddelelser. Efter Domstolens opfattelse medvirker disse meddelelser til at sikre gennemsigtigheden, forudsigeligheden og retssikkerheden i Kommissionens handlinger, samt forholdsmæssigheden af størrelsen af de tvangsbøder, som Kommissionen påtænker at foreslå,<sup>15</sup> men understregede dog samtidig, at Kommissionens forslag til tvangsbøder ikke er bindende, om end de må opfattes som et nyttigt sammenligningsgrundlag.<sup>16</sup> Grækenland blev dømt til at betale en tvangsbøde på 20.000 EUR til kontoen »EF's egne indtægter« for hver dags forsinkelse med gennemførelsen af de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af den oprindelige traktatbrudsdom, regnet fra afsigelsen af den foreliggende dom og til opfyldelsen af traktatbrudsdommen.<sup>17</sup>

### 3.2. Sag C-278/01, Kommissionen mod Spanien

I denne sag, der blev afsagt af Domstolens plenum den 25. november 2003, blev Spanien dømt for at have tilsidesat sine forpligtelser i medfør af EF-traktatens art. 228, stk. 1, idet der ikke var blevet truffet alle de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af en traktatbrudsdom afsagt 12. februar 1998.<sup>18</sup> I den oprindelige traktatbrudsdom blev Spanien dømt for ikke at have sikret, at badevandskvaliteten i indlandet i Spanien var bragt i overensstemmelse med de fysiske, kemiske og mikrobiologiske grænseværdier, der er fastsat i henhold til et direktiv om badevandskvalitet.<sup>19</sup> I den efterfølgende sag efter proceduren i art. 228, stk. 2, nedlagde Kommissionen påstand om, at Spanien skulle betale en tvangsbøde på 45.600 EUR for hver dags forsinkelse med gennemførelsen af de fornødne foranstaltninger til opfyldelse af den oprindelige traktatbrudsdom, regnet fra afsigelsen af dommen i sagen indtil den dag, hvor opfyldelse er sket.

Der var to principielle problemer knyttet til Kommissionens påstand. For det første, at det ikke var muligt at bringe forholdet i orden fra dag til dag. Spanien ville således først ved afslutningen af den førstkommende badesæ-

<sup>15</sup> Mens der er fornuft i at inddrage en medlemsstats betalingsevne i form af BNP, synes det besynderligt at inddrage det antal stemmer, den råder over i Rådet, idet dette favoriserer de større medlemsstater, der er underrepræsenterede i Rådet. Efter Domstolens opfattelse medvirker dette imidlertid til at opretholde en rimelig forskel mellem de forskellige medlemsstater, jf. præmis 88.

<sup>16</sup> Præmis 89.

<sup>17</sup> Dette beløb var en anelse mindre end beløbet på 24.600 EUR, som Kommissionen havde foreslået. Domstolen lagde i den forbindelse vægt på, at det ikke var blevet bevist, at Grækenland ikke fuldt ud havde opfyldt forpligtelsen til at bortskaffe giftigt og farligt affald i Chania-området i overensstemmelse med art. 5 i direktiv 78/319, jf. præmis 97.

<sup>18</sup> Sag C-92/96, *Kommissionen mod Spanien*.

<sup>19</sup> Direktiv 76/160/EØF af 8. december 1975 om kvaliteten af badevand, EFT 1976 L 31/1.



son (fra den 15. april til den 23. oktober) kunne kontrollere de i direktivet fastsatte grænseværdier. Spanien risikerede derfor at komme til at betale tvangsbøder for et betydeligt tidsrum, selv om forholdet var bragt i orden i mellemtiden. Kommissionen mente ikke, dette problem var relevant, henset til den omstændighed, at bødepåleggelsen ville ske flere år efter, at den forpligtelse, der søgtes opfyldt, nemlig at opfylde Domstolens første dom, var opstået.<sup>20</sup> Det andet problem var, at det var urealistisk at bringe forholdene i orden for alle badeområders vedkommende. Spanien risikerede derfor at blive tvunget til at betale en konstant, daglig tvangsbøde, selv om der var sket markante, gradvise forbedringer, uden dog at have honoreret samtlige forpligtelser.<sup>21</sup>

Domstolen var ganske lydhør over for disse problemer. I relation til tvangsbødens hyppighed betonedede den, at badevandets kvalitet måles på årsbasis, og at medlemsstaterne er forpligtet til hvert år at tilsende Kommissionen en rapport om gennemførelsen af badevandsdirektivet. Eftersom denne rapport skal sendes til Kommissionen før udgangen af det pågældende år, vil en eventuel konstatering af, at overtrædelsen er ophørt, kun kunne finde sted én gang om året ved fremlæggelsen af disse rapporter. For at undgå, at Spanien skulle betale tvangsbøder for perioder, hvor overtrædelsen rent faktisk var ophørt, skulle tvangsbøden ikke pålægges for hver dag, men for et år ad gangen, nemlig i forbindelse med fremlæggelsen af den årlige rapport om Spaniens gennemførelse af direktivet.<sup>22</sup> I relation til spørgsmålet om bødens størrelse, fastslog Domstolen, at der skulle tages hensyn til de fremskridt, Spanien havde gjort, og at det i dette øjemed var mest hensigtsmæssigt at pålægge en årlig bøde, hvis størrelse skulle beregnes i forhold til andelen af de badevandsområder i indlandet i Spanien, der endnu ikke var bragt i overensstemmelse med direktivets bindende grænseværdier.

Ved beregningen af tvangsbødens størrelse, tog Domstolen udgangspunkt i de samme grundkriterier som i sagen mod Grækenland, nemlig overtrædelsens varighed, dens karakter og den pågældende medlemsstats betalings-ejne. Hvad angår overtrædelsens varighed, erkendte Domstolen, at det ville være vanskeligt for Spanien at opfylde den oprindelige traktatbrudsdom i løbet af kort tid, idet det ville indebære afdækning af problemerne og udarbejdelse og gennemførelse af handlingsplaner. Domstolen betonedede, at der i denne sammenhæng skulle tages hensyn til den omstændighed, at det af fællesskabsdirektiverne om offentlige udbud fremgår, at udbudsbetingelserne skal være udtømmende opregnet, før udbudsproceduren iværksættes, og at disse betingelser ikke efterfølgende kan ændres. Desuden pålægges de or-

<sup>20</sup> Se generaladvokat Mischos forslag til afgørelse, pkt. 75.

<sup>21</sup> Se generaladvokat Mischos forslag til afgørelse, pkt. 86.

<sup>22</sup> Præmis 43-45.

dregivende myndigheder ved disse direktiver visse frister, der ikke kan gøres kortere, ligesom muligheden for at benytte sig af hasteprocedurer er strengt begrænset. Henset hertil konkluderede Domstolen, at den koefficient på 2 som Kommissionen havde foreslået for at tage hensyn til overtrædelsens varighed, forekom for streng i den foreliggende sag, og at en koefficient på 1,5 var mere passende.<sup>23</sup>

Hvad angår overtrædelsens karakter, fandt Domstolen, at den koefficient på 4, som Kommissionen havde foreslået, på passende vis afspejlede overtrædelsens karakter.<sup>24</sup> Ved multiplikation af grundbeløbet på 500 EUR med koefficienten 11,4 (for Spaniens betalingsevne) og de nævnte koefficienter, blev resultatet et beløb på 34.200 EUR pr. dag, dvs. 12.483.000 EUR pr. år. Da dette beløb hvilede på den forudsætning, at 20 % af de berørte badeområder ikke opfyldte direktivets grænseværdier, skulle beløbet divideres med 20 for at nå frem til et beløb svarende til 1 % af disse områder, dvs. 624.150 EUR pr. år for hver 1 % af badeområder, der ikke opfylder direktivets grænseværdier. Bødeperioden skulle regnes fra konstateringen af den opnåede badevandskvalitet i den første badesæson efter afsigelsen af denne dom, indtil det år, i løbet af hvilket den oprindelige traktatbrudsdom bliver opfyldt.

### 3.3. Sag C-304/02, Kommissionen mod Frankrig

I dom af 11. juni 1991 i sag C-64/88, *Kommissionen mod Frankrig*, fastslog Domstolen, at Frankrig havde tilsidesat sine forpligtelser vedrørende fiskerikontrol,<sup>25</sup> ved fra 1984-1987 ikke at have kontrolleret overholdelsen af de tekniske fællesskabsforanstaltninger til bevarelse af fiskeressourcerne.<sup>26</sup> Frankrig havde nærmere bestemt ikke gennemført en tilstrækkelig kontrol af overholdelsen af fællesskabsbestemmelserne vedrørende 1) mindste-

<sup>23</sup> Præmis 53-54.

<sup>24</sup> Præmis 58. Den spanske regering forsøgte at argumentere for, at Spanien pga. sin sene tiltrædelse ikke i lighed med de øvrige medlemsstater havde haft en frist på ti år til at gennemføre direktivet. Dette afviste Domstolen med henvisning til, at Spanien i forbindelse med tiltrædelsen havde haft mulighed for at anmode om en overgangsperiode med hensyn til direktivets anvendelse, men at Spanien ved ikke at have fremsat en sådan anmodning ikke kunne påberåbe sig sin passivitet som begrundelse for en nedsættelse af bøden, jf. præmis 56.

<sup>25</sup> Art. 1 i forordning 2057/82 af 29. juni 1982 om fastsættelse af visse foranstaltninger til kontrol med fiskeri fra fartøjer hjemmehørende i medlemsstaterne (EFT 1982 L 220/1), og art. 1 i forordning 2241/87 af 23. juli 1987 om fastsættelse af visse foranstaltninger til kontrol af fiskeri (EFT 1987 L 207/1).

<sup>26</sup> Forordning 171/83 af 25. januar 1983 om fastlæggelse af tekniske foranstaltninger til bevarelse af fiskeressourcerne (EFT 1983 L 24/14), og forordning 3094/86 af 7. oktober 1986 om fastlæggelse af tekniske foranstaltninger til bevarelse af fiskeressourcerne (EFT 1986 L 228/1).

maskestørrelser, 2) anordninger fastgjort til redskaber, 3) bifangster, og 4) mindstemål for fisk, som lovligt kan sælges. Frankrig fandtes desuden ikke i tilstrækkeligt omfang at have forfulgt overtrædelser af de pågældende fællesskabsregler.

Der indledtes herefter en langvarig dialog mellem Kommissionen og den franske regering om Frankrigs indsats for at sikre overholdelsen af fiskeriforordningerne. Selv om Kommissionen i løbet af denne dialog, der strakte sig over ca. 11 år, anerkendte, at der var sket forbedringer på de fleste punkter, var den fortsat ikke overbevist om, at Frankrig fuldt ud opfyldte sine forpligtelser vedrørende fangst og salg af undermålsfisk, navnlig kulmuler, og forfølgelse af overtrædelser. Kommissionen anlagde derfor sag efter art. 228, stk. 2, med påstand om, at Frankrig skulle betale en tvangsbøde på 316.500 EUR pr. dags forsinkelse med gennemførelsen af de fornødne foranstaltninger.

Generaladvokat Geelhoed fremsatte sit forslag til afgørelse den 29. april 2004. Selv om Kommissionen kun havde nedlagt påstand om betaling af en tvangsbøde, argumenterede han for, at Frankrig desforuden skulle betale et fast beløb. Han begrundede dette med, at i betragtning af den skade, en medlemsstats langvarige tilsidesættelser af dens fællesskabsretlige forpligtelser kan forvolde med hensyn til opfyldelsen af formålene med foranstaltninger, der er vedtaget af Fællesskabets institutioner, bør art. 228, stk. 2, anvendes således, at de økonomiske sanktioner under visse omstændigheder ikke alene er egnede til at bringe traktatbruddet til ophør, men også har en præventiv virkning. Efter hans opfattelse er svagheden ved en tvangsbøde, at den ikke behøver virke afskrækkende i forhold til fremtidige tilsidesættelser af fællesskabsretten, for hvis det lykkes for en medlemsstat at opfylde de forpligtelser, den i første omgang har tilsidesat, inden en sådan bøde skal betales, kan slutresultatet blive, at der ikke pålægges nogen sanktion overhovedet.<sup>27</sup>

I det konkrete tilfælde mente han, at Frankrigs strukturelle undladelse af at overvåge og håndhæve fællesskabsbestemmelserne om fiskenes mindstemål i næsten to årtier måtte anses for en særlig alvorlig forseelse, især i betragtning af, at kulmulebestanden var truet af alvorlig overudnyttelse. Han foreslog derfor, at Frankrig – udover en tvangsbøde på 316.500 EUR pr. dag – skulle betale et fast beløb. Han syntes dog, at en række omstændigheder kunne begrunde en lempeligere beregning af beløbets størrelse end overtrædelsens grovhed ellers berettigede til, nemlig at det var første gang, idømmelse af et fast beløb kom på tale i retspraksis, og at Kommissionen ikke havde foreslået pålæggelse af en sådan sanktion.<sup>28</sup> På den baggrund foreslog han idømmelse af et fast beløb svarende til den af Kommissionen foreslåede

<sup>27</sup> Pkt. 88.

<sup>28</sup> Pkt. 102.

tvangsbøde for ét år, hvilket udgjorde et beløb på  $365 \times 316.500 \text{ EUR} = 115.522.500 \text{ EUR}$ .<sup>29</sup>

Domstolen, der afsagde dom i sagen den 12. juli 2005, fastslog, at Frankrig ikke havde opfyldt den oprindelige traktatbrudsdom, idet der hverken var blevet foretaget tilstrækkelig fiskerikontrol eller forfølgelse af overtrædelser. I relation til spørgsmålet, om det overhovedet er muligt at pålægge en medlemsstat at betale både en tvangsbøde og et fast beløb, henviste Domstolen til, at art. 228, stk. 2, har til formål at tilskynde en forsømmelig medlemsstat til at opfylde en dom i en traktatbrudssag, og at både det faste beløb og tvangsbøden har dette samme formål. Domstolen udtalte endvidere, at mens pålæggelsen af en tvangsbøde må anses for særligt egnet til at tilskynde medlemsstaten til hurtigst muligt at bringe et traktatbrud til ophør, hviler et påbud om betaling af et fast beløb i højere grad på en vurdering af de konsekvenser, som den pågældende medlemsstats manglende opfyldelse af sine forpligtelser har på private og offentlige interesser, navnlig når traktatbruddet har varet ved i lang tid efter det oprindelige traktatbrud. Herefter konkluderede Domstolen, at det ikke er udelukket at anvende begge sanktionstyper, navnlig når traktatbruddet både har varet i en lang periode og har tendens til at vare ved.<sup>30</sup>

For så vidt angik tvangsbøden, fulgte Domstolen generaladvokatens forslag. Ved at multiplicere grundbeløbet på 500 EUR med koefficienterne 21,1 (for Frankrigs betalingssevne), 10 (for overtrædelsens grovhed) og 3 (for overtrædelsens varighed) fremkom et beløb på 316.500 EUR pr. dag. Eftersom den eventuelle konstatering af overtrædelsens ophør først ville kunne foretages ved afslutningen af en periode, der muliggør en samlet vurdering af de opnåede resultater, blev tvangsbøden pålagt på grundlag af en periode på et halvt år ( $182,5 \times 316.500 \text{ EUR} = 57.761.250 \text{ EUR}$ ) for hver periode på seks måneder, beregnet fra afsigelsen af dommen til den oprindelige traktatbrudsdom er fuldstændigt opfyldt.

For så vidt angik det faste beløb, var Domstolen mere nådig end generaladvokaten. Med henvisning til, at traktatbruddet havde varet ved igennem

<sup>29</sup> Da Geelhoeds forslag gav anledning til nye spørgsmål vedrørende fortolkningen af art. 228, stk. 2, der ikke havde været diskuteret mellem parterne under retsforhandlingen, besluttede Domstolen ved kendelse af 16. juni 2004 at genåbne den mundtlige forhandling for at give parterne mulighed for at fremkomme med yderligere bemærkninger. Dette gav sig udslag i endnu et forslag til afgørelse, der blev fremsat den 18. november 2004.

<sup>30</sup> Præmis 80-82. Det blev i den forbindelse gjort gældende, at bindeordet »eller« i art. 228, stk. 2, er benyttet som bindeled mellem de økonomiske sanktioner, der vil kunne pålægges. Domstolen mente imidlertid, at dette bindeord ud fra et lingvistisk synspunkt såvel kan have betydningen enten-eller som både-og og derfor må læses i den sammenhæng, hvori det benyttes, og at det under hensyn til formålet med art. 228 følgelig må forstås i betydningen »både-og«, jf. præmis 83.

en lang periode efter den oprindelige traktatbrudsdom, og med hensyntagen til de berørte offentlige og private interesser, fastslog Domstolen, at det faste beløb på grundlag af en behørig hensyntagen til sagens særlige omstændigheder burde fastsættes til 20 mio. EUR.

## 5. Kommissionens seneste meddelelse

Foranlediget af Domstolens mellemliggende retspraksis, offentliggjorde Kommissionen i 2005 en ny meddelelse til erstatning af meddelelserne af 1996 og 1997.<sup>31</sup> I relation til tvangsbøder er grundprincipperne i den nye meddelelse i alt væsentligt identiske med dem, man finder i de tidligere meddelelser. Det eneste nye i meddelelsen på dette område er en kodifikation af Domstolens praksis.<sup>32</sup>

I relation til pålæggelse af et fast beløb foretager Kommissionen derimod et klart holdningsskifte i forhold til de tidligere meddelelser. Kommissionen anfører således, at den for fremtiden både vil anmode om en tvangsbøde og betaling af et fast beløb, hvilket ifølge Kommissionen skyldes, at erfaringerne viser, at medlemsstaterne hyppigt opfylder domme for traktatbrud ved afslutningen af proceduren efter art. 228, stk. 2. I modsætning til tidligere vil Kommissionen derfor ikke hæve en sag, blot fordi en medlemsstat har bragt overtrædelsen til ophør, inden der er afsagt dom efter denne bestemmelse, hvorved en medlemsstat ikke længere risikofrit kan trække opfyldelse af domme for traktatbrud i langdrag.<sup>33</sup> Her synes Kommissionen at gå videre, end Domstolens praksis giver grundlag for. I den ovenfor omtalte dom, hvor Frankrig blev pålagt at betale et fast beløb, udtalte Domstolen som nævnt, at en sådan sanktion navnlig kommer på tale, når traktatbruddet har varet i en lang periode og har tendens til at vare ved. Dette udelukker muligvis pålæggelse af et fast beløb ved kortvarige overtrædelser. I sag C-219/06, der den 12. maj 2006 blev anlagt af Kommissionen mod Luxembourg efter proceduren i art. 228, stk. 2,<sup>34</sup> nedlagde Kommissionen imidlertid påstand om betaling af både en tvangsbøde og et fast beløb, selv om der kun var gået omkring to år fra den oprindelige traktatbrudsdom. Den 7. december 2006 blev sagen hævet af Kommissionen, hvilket umiddelbart er i direkte modstrid med Kommissionens udtalelse om ikke at ville hæve en sag, blot fordi en medlemsstat har bragt overtrædelsen til ophør. I 2005-meddelelsen oplyser Kommissionen imidlertid, at den – for at give medlemsstaterne mulighed for i tide at tilpasse deres fremtidige adfærd efter den nye politik – som overgangsforanstaltning indtil udgangen af 2006 vil opretholde sin nuværende praksis med at hæve sager, den har indbragt for

<sup>31</sup> SEK(2005) 1658.

<sup>32</sup> Se især meddelelsens pkt. B om proportionalitetsprincippet.

<sup>33</sup> Se meddelelsens pkt. 10.1 og 10.3.

<sup>34</sup> EUT 2006 C 165/19.

Domstolen efter art. 228, stk. 2, når medlemsstaterne bringer deres overtrædelser til ophør.<sup>35</sup>

2005-meddelelsen indeholder endvidere en ganske detaljeret redegørelse for, hvordan Kommissionen vil forholde sig til udmålingen af det faste beløb ved fremtidige sager efter art. 228, stk. 2.<sup>36</sup> Som noget nyt vil Kommissionen altid foreslå betaling af et fast minimumsbeløb. Dette begrundes med, at der i alle tilfælde, hvor en medlemsstat vedvarende undlader at opfylde en dom for traktatbrud, uafhængigt af enhver form for skærpende omstændigheder, er tale om en overtrædelse af legalitetsprincippet i et fællesskab baseret på retsregler, som kræver en reel sanktion. Det fremhæves i den forbindelse, at der med et fast minimumsbeløb undgås forslag om rent symbolske beløb uden nogen form for præventiv virkning. For Danmarks vedkommende er minimumsbeløbet 1.850.000 EUR.

Når Kommissionen mener, at det faste minimumsbeløb er overskredet, vil Kommissionen foreslå Domstolen at fastsætte det faste beløb ved at multiplicere et dagligt beløb med det antal dage, overtrædelserne varer fra den dag, dommen i den oprindelige traktatbrudsag afsiges, og til den dag, hvor overtrædelserne bringes til ophør, eller, hvis overtrædelserne ikke bringes til ophør, den dag, hvor dommen i henhold til art. 228, stk. 2, afsiges.<sup>37</sup> Beregningen af det daglige beløb i denne udregning svarer til beregningen af det daglige beløb i forbindelse med tvangsbøder, bortset fra at grundsatsen kun er 200 EUR pr. dag (i modsætning til 600<sup>38</sup> EUR pr. dag),<sup>39</sup> og at der ikke anvendes nogen varighedskoefficient.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Se meddelelsens pkt. 25 og 26.

<sup>36</sup> Se meddelelsens pkt. 19-24.

<sup>37</sup> Det synes problematisk, at retsvirkningerne dermed begynder fra afsigelsen af den første traktatbrudsdom, eftersom Kommissionen skal give en medlemsstat en tilstrækkelig periode til at opfylde dommen, inden den afgiver en begrundet udtalelse i henhold til art. 228, stk. 2. Denne del af Kommissionens strategi medfører imidlertid, at en medlemsstat bliver pålagt bødestraf for en periode, hvor den havde mulighed for at bringe forholdet i orden. Kommissionen anfører to argumenter til støtte for sit synspunkt: For det første, at det af præmis 81, 102 og 108 i sag C-304/02, *Kommissionen mod Frankrig*, fremgår, at overtrædelsens varighed, der skal tages i betragtning ved fastsættelsen af sanktionerne, er den periode, der er forløbet siden den første dom, for det andet, at en dom ifølge retspraksis skal »iværksættes med øjeblikkelig virkning og gennemføres hurtigst muligt«, jf. meddelelsens pkt. 22.

<sup>38</sup> Grundsatsen, der som nævnt ovenfor i afsnit 3 tidligere var på 500 EUR pr. dag, indeksreguleres og afrundes hvert tredje år med BNP-deflatoren. Dette gælder også den lavere grundsats til beregning af det faste beløb.

<sup>39</sup> Ifølge Kommissionen forekommer det rimeligt, at den daglige tvangsbøde er højere end det faste beløb, da den pågældende medlemsstats adfærd må anses for mere kritisabel på det tidspunkt, hvor der afsiges dom i henhold til artikel 228, stk. 2, fordi dens overtræ-

Der kan blive tale om ganske anseelige beløb. I sagen mod Frankrig, hvor traktatbruddet havde varet omkring 11 år, ville det faste beløb have udgjort omkring 141 mio. EUR efter den nye beregningsmetode.<sup>41</sup> Domstolen idømte som nævnt kun en bøde på 20 mio. EUR. Dette skete »under behørig hensyntagen til sagens særlige omstændigheder«, hvilket formentligt refererer til, at det var første gang, betaling af et fast beløb kom på tale, og det er derfor sandsynligt, at Domstolen vil anlægge en hårdere linie i fremtidige sager.

## 6. Konklusion

Retspraksis viser, at Domstolen ved udmålingen af daglige tvangsbøder i meget vid udstrækning har fulgt de retningslinjer, Kommission fremlagde i de to første meddelelser. Dels på det principielle plan, derved at Domstolen har accepteret de generelle præmisser, Kommissionen har bygget det nye sanktionsinstitut på, dels på det konkrete plan, derved at Domstolen i alt væsentligt har fulgt Kommissionens påstande vedrørende koefficienterne for overtrædelsens varighed og karakter. Domstolen har dog på enkelte punkter set sig nødsaget til at modificere Kommissionens system. Af særlig betydning har været sagen mod Spanien, hvori Domstolen fastslog, at det er nødvendigt at operere med en længere referenceperiode end en dag i tilfælde, hvor gennemførelsesgraden kun kan vurderes med større mellemrum, og at der skal tages hensyn til den fremgang, der måtte have været i en medlemsstats opfyldelse.

Når det drejer sig om pålæggelse af et fast beløb, er retstilstanden derimod noget mere uklar. Det skal blive interessant at se, i hvilket omfang Domstolen vil acceptere Kommissionens strategi på dette område.

---

delse fortsætter på trods af, at Domstolen har afsagt to domme for traktatbrud, jf. meddelelsens pkt. 23.2.

<sup>40</sup> Dette begrundes med, at der allerede er taget hensyn til overtrædelsens varighed ved at multiplicere et dagligt beløb med det antal dage, hvor overtrædelsen finder sted, jf. meddelelsens pkt. 23.3.

<sup>41</sup> Division af den daglige tvangsbøde på 316.500 EUR med 9 (produktet af 3 for varigheden og 3 for den lavere grundsats) og multiplikation af dette tal med 11 x 365 giver 141.194.167 EUR.





# Er strafferetten kun et offentligt anliggende?

– En lille brainstorming om strafferetten som et (privat) anliggende for borgeren

af

*Birgit Feldtmann*

## 1. Indledning

Hvis en borger i Danmark bliver udsat for en forbrydelse, er det, med ganske få undtagelser,<sup>1</sup> ikke et privat anliggende. Det er ikke borgeren selv, som skal tage sig af forbryderen. Det danske strafferetssystem bygger på, at det er de statslige myndigheder og domstole, der sørger for, at lovovertræderen bliver draget til ansvar og udstår en idømt straf. Den pågældende borger har i strafferetsplejen umiddelbart ingen fremtrædende rolle.<sup>2</sup>

Men på den anden side kan straffesystemet i et demokratisk samfund ikke eksistere uden tilknytning til og accept af det omliggende samfund. Hvis ikke borgerne i almindelighed og specielt borgere, som har oplevet at blive udsat for en forbrydelse, accepterer det offentliges behandling af lovovertrædelser og lovovertræderen, mister strafferetten sin legitimitet.<sup>3</sup> Sagt på en anden måde: Selv om strafferetten som udgangspunkt er et offentligt anliggende, vil mange borgere sandsynligvis insistere på, at den også er et anliggende for dem – især hvis de selv eller en af deres nærmeste har været udsat for en lovovertrædelse.

I det følgende sættes der fokus på spørgsmålet, på hvilke måder strafferetten er – eller kunne være – et anliggende for borgerne. Formålet er ikke systematisk at undersøge alle tænkelige aspekter i denne sammenhæng, men at foretage en lille brainstorming om problemstillingen, som gerne må give an-

<sup>1</sup> Kun nogle ganske få lovovertrædelser, som for eksempel freds- og æreskrænkelser (se strl § 275), er undergivet privat påtale. Om privat påtale se *Gorm Toftegaard Nielsen: Straffesagens gang*, 3. udgave 2004, s. 27 og nedenfor i afsnit 2.1.

<sup>2</sup> Se *Stefan Krebiel: Teoriens ofre – straffeteori i et offerperspektiv*, i *Beth Grothe Nielsen: Kriminalitetens ofre og straffesystemet*, 2000, s. 29, *Gorm Toftegaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 191.

<sup>3</sup> *Stefan Krebiel: Teoriens ofre – straffeteori i et offerperspektiv*, s. 28 ff.

ledning til nærmere eftertanke om strafferettens funktion og udformning i dagens Danmark.

## 2. På hvilke måder er strafferetten et anliggende for borgeren?

Det statslige straffesystem er ikke blindt over for den pointe, at den mister sin legitimitet, hvis strafferetten og strafferetsplejen ikke er forankret i og accepteret af det omliggende samfund. Forbindelsen imellem straffesystemet og borgerne kan ske på forskellige måder, både på et individuelt plan, hvor den forurettede borger (ofret) ganske konkret bliver involveret i strafferetsplejen, og på et mere generelt plan, hvor samfundsborgerne enten konkret eller mere generelt bliver involveret i strafferetten.

### 2.1. Strafferetten som et anliggende for den forurettede borger

Selv om strafferetten som udgangspunkt er et statsligt og ikke et personligt anliggende, indeholder det danske strafferetssystem elementer, som åbner for en individuel involvering af forurettede borgere.

Denne individuelle involvering er tydeligst i forbindelse med strafbare lovovertrædelser, som er undergivet privat påtale. Ved disse lovovertrædelser er det netop ikke de statslige myndigheder, som forfølger sagen, men den forurettede borger selv, efter reglerne for civile sager, rpl § 989.<sup>4</sup> Privat påtale gælder for eksempel for freds- og æreskrænkelser (strl § 275) og ulovlig selv-tægt (strl §§ 294, 305, stk. 2). Baggrunden for, at lovgiveren udskiller nogle lovovertrædelser fra det generelle princip om, at strafforfølgning er et offentligt anliggende, er, at man ved visse lovovertrædelser, som for eksempel har karakter af en personlig krænkelse, vil overlade det til den forurettede, om sagen skal forfølges eller ej. Men staten holder sig ikke helt uden for disse strafbare forhold: Ved nogle af de lovovertrædelser, som er underlagt privat påtale, åbner loven mulighed for, at den forurettede beder de statslige myndigheder om at gennemføre sagen som en almindelig straffesag (betinget offentlig påtale, for eksempel i forbindelse med visse freds- og æreskrænkelser, strl § 275, stk. 2).<sup>5</sup> Princippet er her, at borgeren kan køre sagen selv, men at det statslige strafferetlige system står i baggrunden og kan tage over, hvis borgeren ønsker det, eller hvis andre omstændigheder taler for en statslig forfølgelse af sagen.

Et andet aspekt af den danske strafferetspleje, som har til formål at styrke den forurettedes stilling og involvering i straffeprocessen, er muligheden for at kombinere straffesagen med en eventuel erstatningspåstand (adhæsions-

<sup>4</sup> Se *Gorm Toflegaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 27.

<sup>5</sup> *Eva Smith: Straffeprocessen*, 5. udgave, 2003, s. 117.

krav), jf. retsplejelovens kapitel 86, §§ 991 ff.<sup>6</sup> Uden denne mulighed ville den forurettede typisk blive tvunget til at selv anlægge en civil sag ved siden af selve straffesagen for at få afklaret spørgsmål om erstatning som følge af lovovertrædelsen. Et sådan søgsmål er ret kompliceret, tager tid og kræver ofte en advokats medvirken. Kombinationen af straffe- og civilsagen er således en procesøkonomisk hensigtsmæssig løsning, som sigter mod at aflaste den forurettede uden dermed at forringe retssikkerheden for den tiltalte. Den kombinerede behandling af straffe- og civilsagen er dog kun mulig, hvis denne kan ske »uden væsentlig ulempe«, jf. rpl § 991, stk. 3 og 4. Desuden gælder det princip, at spørgsmålet om erstatningsansvaret ikke bliver afgjort sammen med straffesagen, hvis den strafferetlige og den erstatningsretlige afgørelse ikke vil gå i den samme retning.<sup>7</sup> Argumentet herfor er blandt andet, at det for eksempel ville være vanskeligt for borgerne at forstå, hvorfor en tiltalt person på den ene side bliver frifundet for en lovovertrædelse, men på den anden side bliver pålagt at yde erstatning for netop det samme forhold, han/hun samtidig er blevet frifundet for.<sup>8</sup> Princippet bliver omfattende debatteret i Danmark, og i diskursen bliver det påpeget, at der i andre lande (for eksempel Norge) findes eksempler på, at en tiltalt bliver frifundet samtidig med, at han bliver pålagt at betale erstatning. Det bliver også fremhævet, at den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i øvrigt tillader denne konstruktion, dog kun under nærmere bestemte krav.<sup>9</sup>

Gorm Toftegaard Nielsen ser de danske regler i forbindelse med adhæsiionskravet som et indicium for, at den forurettedes stilling i strafferetsplejen er, i hvert fald sammenlignet med vore skandinaviske naboer, særdeles svag, og antager, at reglerne illustrerer, at »man kun tager hensyn til ofrets krav, hvis det kan ske uden væsentlig ulempe«.<sup>10</sup>

Et andet element af det danske straffesystem, som har til formål at styrke den forurettedes stilling i straffesager, er beskikkelse af bistandsadvokater (retsplejelovens kapitel 66a, §§ 741a ff.). Princippet er, at ofre ved de i rpl § 741a, stk.1 nævnte lovovertrædelser (især sædeligheds- og voldsforbrydelser mv.) efter begæring har krav på at få beskikket en bistandsadvokat. Beskikkelsen kan allerede ske tidligt i efterforskningsfasen, og den beskikkede advokat har til opgave at støtte den forurettede ved afhøringer ved politi og

<sup>6</sup> Retsplejeloven giver også efterladte (under visse betingelser) mulighed for at gøre erstatningskrav gældende i forbindelse med straffesagen, jf. § 995a, stk. 2.

<sup>7</sup> Gorm Toftegaard Nielsen: *Straffesagens gang*, s. 190 f.

<sup>8</sup> Se Peter Garde: *Frifindelsens begrænsning*, UfR 2003, 271 ff.

<sup>9</sup> Peter Garde: *Frifindelsens begrænsning*, UfR 2003, 271 ff. og Jonas Christoffersen: *Erstatning m.v. efter frifindelse*, J 2004, 16 ff.

<sup>10</sup> Gorm Toftegaard Nielsen: *Straffesagens gang*, s. 191 f.

domstolen, samt rådgive og bistå i forbindelse med et muligt erstatningskrav.<sup>11</sup>

Bistandsadvokaten har kun begrænsede beføjelser (for eksempel i forbindelse med afhøringer og adgang til rapporter) under efterforskningen, og vedkommendes rolle under domsforhandlingen er ikke klart lovreguleret. Af motiverne fremgår det imidlertid, at bistandsadvokatens rolle ikke bør være en form for »hjælpeanklager«.<sup>12</sup>

De her påpegede elementer af strafferetsplejen, som overdrager strafforfølgelsen til den forurettede eller som styrker hans/hendes stilling i det statslige strafferetssystem, tegner et ambivalent billede: På den ene side synes lovgiveren at være optaget af at give den forurettede en mere fremtrædende position i straffesager, men på den anden side gives der kun i ganske begrænset omfang slip på det statslige strafferetsmonopol og den forurettedes eventuelle forbedrede stilling må, så at sige, ikke forstyrre den offentlige strafferetspleje for meget.

## 2.2. Strafferetten som et anliggende for samfundets borgere

En anden måde at nærme sig spørgsmålet om strafferet som et anliggende for borgerne er at fokusere på den bredere befolkning i stedet for den konkrete forurettede person. En formaliseret måde at delagtiggøre samfundsborgere i strafferetsplejen er, at der som udgangspunkt skal deltage lægdommere, altså almindelige borgere, i straffesager. Dette princip er grundlovfæstet i grl § 65, stk. 2. Den nærmere udformning af dette krav overlades imidlertid til lovgiveren.<sup>13</sup> Straffesager behandles derfor som udgangspunkt ikke alene af professionelle dommere, men også af repræsentanter for samfundet, enten som domsmænd eller som nævninge.<sup>14</sup> Dette princip afviges der kun fra i forbindelse med mindre straffesager (rpl kapitel 80, §§ 895 ff.), for eksempel i bødesager,<sup>15</sup> det vil sige mindre alvorlige straffesager, hvor der er tale om bøde som mulig sanktion, og i tilståelsessager,<sup>16</sup> dvs. sager, hvor den tiltalte indrømmer lovovertrædelsen, og hvor sagen bliver gennemført i form af en forkortet (summarisk) domsforhandling. Også ankesager bliver i landsretten –

<sup>11</sup> *Gorm Toftgaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 189.

<sup>12</sup> *Gorm Toftgaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 189 f.

<sup>13</sup> *Gorm Toftgaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 158 f.

<sup>14</sup> Om domsmand og nævninge i strafferetsplejen se *Gorm Toftgaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 159 og *Eva Smith: Straffeprocess*, s. 162 ff.

<sup>15</sup> Rpl § 686, stk. 2. Vedrørende bødesager se *Gorm Toftgaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 222 ff., og *Eva Smith: Straffeprocess*, s. 194 f.

<sup>16</sup> Rpl § 831. Vedrørende tilståelsessager se *Gorm Toftgaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 114 ff., og *Eva Smith: Straffeprocess*, s. 189 ff., som begge dog refererer til den gamle rpl § 922, som siden 1. januar 2007 er blevet afløst af rpl § 831.

med få undtagelser – behandlet under medvirken af lægdommere (rpl § 689). Lægdommere medvirker derimod aldrig ved Højesterets behandling af straffesager (rpl § 690, stk. 2).

Det kan med rette hævdes, at princippet om borgernes deltagelse i strafferetsplejen ikke gør den til et privat foretagende – de borgere, som deltager i den dømmende magt, udfører denne opgave ikke som et privat anliggende, men som repræsentanter for samfundet og som en del af det statslige straffesystem. På den anden side betyder lægdommersystemet netop, at borgerne bliver involveret i retsvæsnet, og derved i hvert fald muliggør en konkret forbindelse imellem borgerne – igennem udvalgte borgere – og straffesystemet.

En anden, dog mindre involverende, måde at åbne strafferetsplejen for borgerne er princippet om domsforhandlingens offentlighed, samt beslægtede principper som umiddelbarhed og mundtlighed. Princippet om domsforhandlingens offentlighed er grundlovsfæstet i grundlovens § 65, stk. 1 og fremgår også af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (art. 6, stk. 1). Udgangspunkt er her, at enhver borger, og også medierne, kan overvære retssager og dermed danne sig et indtryk af statens håndtering af blandt andet straffesager. Som udgangspunkt er alle retsmøder offentligt tilgængelige, dog kan forskellige lovbestemte forhold<sup>17</sup> begrunde en begrænsning af offentlighedsprincippet (rpl 28a, stk. 1). Retsmøder, hvor der afsiges dom, er dog altid offentlige (rpl § 28a, stk. 2). Formålet med at åbne domsforhandlingerne for borgerne (og ikke mindst medierne, som formidler strafferetsplejen videre til borgerne) har to sider: på den ene side beskytter offentlighedsprincippet den tiltalte mod farene ved et hemmeligt straffesystem.<sup>18</sup> På den anden side sikrer princippet, at offentligheden kan få direkte kendskab til, hvordan straffesager behandles og pådømmes i Danmark. Denne viden kan være vigtig for borgerne af to hensyn: for det første ville en strafferetspleje, som foregår i det skjulte, sandsynligvis ikke kunne opnå en generalpræventiv effekt.<sup>19</sup> For det andet kan viden om strafferetsplejen i praksis bidrage til den generelle tillid til og accept af retsvæsnet.<sup>20</sup>

Et tredje aspekt, som er relevant i forbindelse med tanken om, at strafferetten er et anliggende hos samfundets borgere, findes i den kriminalpolitiske debat: Strafferet og især spørgsmålet om, hvordan vi bør straffe lovovertrædere, er et meget debatteret emne i Danmark. Spørgsmålet, hvordan vi bør straffe, bliver i den samfundsmæssige og den politiske debat ikke først og

<sup>17</sup> Rpl §§ 28b ff.

<sup>18</sup> *Gorm Toftegaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 150

<sup>19</sup> Om generalprævention som et formål for straf og straffesystemet se *Vagn Greve: Straffene*, 2. udgave, 2002, s. 36 ff.

<sup>20</sup> *Gorm Toftegaard Nielsen: Straffesagens gang*, s. 151.

fremmest diskuteret ud fra overvejelsen om, hvad vi vil opnå gennem hvilke midler, men ofte på baggrund af en formodning om, hvad befolkningen ønsker. Sagt på en anden måde: I den kriminalpolitiske debat bliver der gerne henvist til »borgernes retsfølelse«, som argument for, at vi bør straffe på en bestemt måde. I denne sammenhæng bliver »borgernes retsfølelse« ganske hyppigt brugt som et argument for øget anvendelse af straf, for eksempel i forbindelse med lovforslag, som sigter på en forhøjelse af strafferammer.<sup>21</sup> I den kriminalpolitiske debat går man altså ud fra, at strafferet selvfølgelig er et anliggende hos borgerne og bruger dette som et argument for en restriktiv kriminalpolitik.

### 3. Borgernes syn på straf

Det forhold, at »borgernes retsfølelse« bliver brugt som et vigtigt argument i den kriminalpolitiske debat, bør give anledning til at spørge, hvad vi egentlig ved om befolkningens synspunkter i forbindelse med straf. Der er næppe tvivl om, at et stort antal af borgere anser kriminalitet og samfundets reaktion på lovovertrædelser som et vigtigt emne i samfundet. Men spørgsmålet er, om befolkningens holdninger entydigt peger i retning af en hård linje i forhold til lovovertrædere, eller om befolkningens interesse/interesser i forbindelse med strafferetten er mere kompleks.

Der findes mange undersøgelser, som støtter påstanden om, at befolkningen generelt ønsker hårdere straffe. Dette ønske synes at være fremtrædende, uanset om kriminalitetsudviklingen er stigende eller faldende, eller om der allerede er blevet gennemført nogle strafskærper.<sup>22</sup>

Men er det hele sandheden? Er befolkningens opfattelse virkelig så entydig, eller findes der et mere komplekst forhold imellem borgerne og straffesystemet?

Disse spørgsmål blev, blandet andre, undersøgt i Flemming Balvigs undersøgelse »Danskernes syn på straf«, som blev offentliggjort i slutningen af 2006.<sup>23</sup> Undersøgelsens formål er at klarlægge mere præcist, hvad befolkningens holdninger til straf er.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Et indblik i debatten giver *Flemming Balvig: Danskernes syn på straf*, 2006, udgivet på Advokatrådets hjemmeside: [www.advokatsrådet.dk](http://www.advokatsrådet.dk), s. 31 ff. og s. 309 ff.

<sup>22</sup> Se *Flemming Balvig: Danskernes syn på straf*, s. 9 ff.

<sup>23</sup> Undersøgelsen er blevet gennemført som et led i arbejdet af en arbejdsgruppe under Advokatrådet, som beskæftiger sig med strafferettens udformning. Undersøgelsen er offentliggjort på Advokatrådets hjemmeside: [www.advokatsrådet.dk](http://www.advokatsrådet.dk).

<sup>24</sup> *Flemming Balvig: Danskernes syn på straf*, s. 5.

### 3.1. Om undersøgelsen »Danskernes syn på straf«

Undersøgelsen »Danskernes syn på straf« tager udgangspunkt i den hypotese, at befolkningens meninger om straffesystemet og straf er mere komplekst, end det oftest antages.<sup>25</sup> Undersøgelser prøver dog ikke at klarlægge befolkningens holdninger til straf i forbindelse med alle former for forbrydelser, men specielt i forbindelse med straffesager, som efter den nuværende retspraksis bliver sanktioneret med en kort ubetinget frihedsstraf imellem 40 dage og 6 måneder. Baggrunden for dette fokus er, at der i Danmark anvendes mange korte ubetingede frihedsstraffe, det vil sige frihedsstraffe på op til 6 måneder. Disse korte frihedsstraffe udgør en betydelig del af de idømte frihedsstraffe i Danmark, i 2004 udgjorde de korte frihedsstraffe for eksempel godt 80 % af alle idømte ubetingede frihedsstraffe.<sup>26</sup> Brugen af korte frihedsstraffe i Danmark, og også i andre nordiske lande, er, set fra et internationalt perspektiv interessant, da mange andre lande prøver at undgå korte frihedsstraffe, hvilket for eksempel i Tyskland betyder, at en frihedsstraf på under 6 måneder kun undtagelsesvis kan idømmes.<sup>27</sup>

For at opnå et mere nuanceret billede af borgernes holdninger i forbindelse med lovovertrædelser, som typisk bliver sanktioneret med en kort frihedsstraf, indeholder undersøgelsen tre delundersøgelser, som samlet bidrager til en forståelse af befolkningens »retsfølelse«. Den første del af undersøgelsen udgøres af telefoninterviews med et repræsentativt udsnit af den voksne befolkning, hvori der blev spurgt om generelle holdninger til straf og især, om vedkommende mener, at lovovertrædelser straffes passende, for hårdt eller for mildt. Den anden del af undersøgelsen er blevet gennemført som postspørgeskemaundersøgelse, hvor et repræsentativt udsnit af den voksne befolkning skulle tage stilling til deres holdninger til straf på baggrund af 7 nærmere beskrevne sager og en systematisk information om forskellige sanktionsmuligheder. Den tredje del af undersøgelsen blev gennemført som fokusgruppeinterview, hvor repræsentativt udvalgte deltagere fik vist video med straffesager (i alt 4 sager), blev oplyst om sanktionsmuligheder og havde mulighed for at diskutere sagen og sanktionen med de andre deltagere på en struktureret måde. Formålet med denne fremgangsmåde var at lave en beslutningssituation, som mest muligt svarer til den, dommere befinder sig i, når de skal udmåle straf i en rigtig straffesag.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 312 ff.

<sup>26</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 316 f.

<sup>27</sup> Den korteste periode for frihedsstraf, som kan idømmes i Tyskland er 1 måned (§ 38, stk.2 StGB), dog kan en frihedsstraf, som er under 6 måneder kun undtagelsesvis idømmes, hvis visse i loven bestemte forhold foreligger (§ 47, stk. 1).

<sup>28</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 312 ff.

### 3.2. Undersøgelsens »former af retsfølelse« og dertil knyttede konklusioner

De tre delundersøgelser i undersøgelsen »Danskernes syn på straf« sigter hver for sig på at belyse et lag af det komplekse fænomen »retsfølelse«. Den første delundersøgelse sigter på at belyse det, som Flemming Balvig kalder *den generelle retsfølelse*, mens den anden delundersøgelse skal belyse *den informerede retsfølelse* og den tredje delundersøgelse *den konkrete retsfølelse*. Udgangspunktet for denne opdeling er netop en formodning om, at der ikke kun kan tales om en form for retsfølelse, og at de forskellige former for retsfølelse ikke nødvendigvis hænger logisk sammen.<sup>29</sup> Sagt på en anden måde: Undersøgelsens hypotese er, at en borger for eksempel på niveauet af *den generelle retsfølelse* kan have den holdning, at vi burde straffe hårdere, mens han/hun i konkrete straffesager ville straffe mildere, end domstolene i virkeligheden straffer.<sup>30</sup>

Denne hypotese bliver bekræftet af undersøgelsens resultater, kort (og dermed selvfølgelig lidt forenklet) kan undersøgelsens konklusioner sammenfattes således, at »straffetørsten« ofte bliver mindre, hvis vedkommende får flere informationer om sagen: Mens *den generelle retsfølelse* tydeligt peger i retning af et ønske om øget straf, nuanceres billedet ved *den informerede retsfølelse* og endnu mere ved *den konkrete retsfølelse*.<sup>31</sup> Som illustration til denne konklusion kan nævnes, at i den første del af undersøgelsen svarede 62 % af de adspurgte personer, at straffene gennemgående er for milde i Danmark, og ved en tidligere undersøgelse (2005) om *den generelle retsfølelse* mente næsten 80 % af de adspurgte, at straffen for vold burde være langt hårdere.<sup>32</sup> Ved undersøgelsen af *den konkrete retsfølelse* viste det sig imidlertid, at mange deltagere skiftede mening i formildende retning, for eksempel skiftede 80 % af deltagerne, som indledningsvist (efter at have læst en kort opsummering af de 4 sager) mente, at man burde idømme ubetinget frihedsstraf, deres mening, efter at de havde set retssagerne. Kun 2 % skiftede mening i retning af hårdere straffe, mens 78 % skiftede deres holdning i retning af en mildere straf.<sup>33</sup>

Et andet resultat af undersøgelsen er, at befolkningen ofte ikke har en realistisk forestilling om, hvordan domstolene sanktionerer. Undersøgelsen konkluderer i denne sammenhæng for eksempel, at »Der var således en meget markant og systematisk tendens i retning af at undervurdere domstolens

<sup>29</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 312 og 314.

<sup>30</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 314 ff.

<sup>31</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 320 ff.

<sup>32</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 320.

<sup>33</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 354.



strenghed i sager om alvorlig kriminalitet (...)».<sup>34</sup> Denne uvidenhed om domstolenes strafudmåling kan være et led i forklaringen på, hvorfor mange borgere på det generelle plan mener, at vi burde straffe hårdere, mens de på det konkrete plan ville dømme mildere end domstolene.

### 3.3. Danskernes syn på »genoprettende sanktioner«

Undersøgelsen »Danskernes syn på straf« belyser, at befolkningen ofte ikke ønsker ubetinget fængselsstraf i de i undersøgelsen behandlede straffesager. Denne holdning rejser spørgsmålet, hvilke reaktioner på lovovertrædelser bør træde i stedet for ubetinget fængselsstraf. Hvilke sanktionsformer ville være i overensstemmelse med befolkningens holdninger?

Undersøgelsen konkluderer, at de adspurgte ofte mener, at man på den ene side burde anvende sanktioner, som indebærer behandling af lovovertrædere, som har et behandlingsbehov, for eksempel i forbindelse med narkomisbrug. På den anden side ønskede en betydelig del af de adspurgte genoprettende former for straf, som for eksempel samfundstjeneste, konfliktråd og betaling af kompensation til ofret. Dermed ønsker borgerne altså også sanktionsformer, som indebærer et element af, at lovovertræderen gør skaden god igen, enten direkte i forhold til ofret eller mere indirekte i forhold til samfundet.<sup>35</sup> Befolkningen synes altså i forbindelse med konkrete sager ikke at fokusere på straf, som alene har den virkning, at den påfører lovovertræderen et onde, men (også) på straffeformer, som bidrager til en form for genoprettelse og dermed giver noget tilbage til enkelte borgere eller samfundet.

## 4. Nogle afsluttende bemærkninger om strafferetten som et anliggende for borgerne

Den del af konklusionerne af undersøgelsen »Danskernes syn på straf«, som peger på sanktionsformer med et genoprettende formål, har en direkte forbindelse til overvejelserne i forbindelse med spørgsmålet om strafferetten som et anliggende for borgerne: Ved genoprettende sanktionsformer rykker forholdet imellem lovovertræderen og andre borgere i fokus – enten direkte i forhold til enkelte borgere, som for eksempel ofret og/eller dets pårørende (ved kompensation eller konfliktråd) eller på et overordnet plan i forhold til samfundet (ved samfundstjeneste).

Det er påfaldende, at borgerne synes at have sympati for sanktionsformer, som netop ikke udelukkende indebærer, at straffesager er en sag imellem lovovertræderen og det offentlige straffesystem, men også indeholder et element af borgernes/samfundets involvering. Konfliktrådet er i denne sammenhæng

<sup>34</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 326 f.

<sup>35</sup> *Flemming Balvig*: Danskernes syn på straf, s. 384 ff.

måske det mest markante eksempel, da det netop indebærer en direkte dialog imellem lovovertræderen og ofret.<sup>36</sup>

Sammenfattende bør man endnu en gang slå fast, at spørgsmålet om strafferetten som et anliggende for borgerne er et meget relevant spørgsmål. Et velfungerende offentligt straffesystem i et demokratisk samfund er afhængigt af en forankring i samfundet og borgernes accept. Denne forankring og accept kan selvfølgelig opnås og plejes på forskellige måder og på forskellige planer, som for eksempel ved styrkelse af ofrets stilling i straffeprocessen eller borgernes deltagelse i strafferetsplejen i form af lægdommere. Et led i denne proces er dog også sanktionsformerne, og her kunne blikket rettes endnu mere mod genoprettende straf, især mod konfliktrådet. Denne reaktionsform spiller i dag i Danmark – i modsætning til mange andre lande – ingen fremtrædende rolle i strafferetssystemet,<sup>37</sup> selvom befolkningen åbenbart er positivt indstillet over for dette. Her kunne der være behov for en debat om denne og andre sanktionsformer. Måske kan denne korte brainstorming om strafferetten som et anliggende for borgerne bidrage til en sådan diskurs om straffesystemet og sanktionsformerne.

<sup>36</sup> Vedrørende konfliktråd se *Vagn Greve: Straffene*, s. 136 f.

<sup>37</sup> Se *Vagn Greve: Straffene* s. 136 f.

# Max Weber: Uddifferentieringen af den offentlige ret fra privatretten

af

*Ole Hammerslev*

## Introduktion

Selvom det til tider kan opleves sådan, er dikotomien mellem offentlig og privat ret ikke et nyt fænomen; den var allerede kendt af romerske jurister. Særlig kendt er Ulpians sondring fra *Digesterne* 1.1.4., hvor den offentlige ret beskrives som den ret, der vedrører den romerske stat og den private ret som den, der vedrører individernes interesser.<sup>1</sup> Denne definition, hvor den offentlige ret omhandler staten, og den private ret omhandler forholdet mellem individer, kan også findes i dansk juridisk litteratur i dag uden store afvigelser i sondringen. Således skriver Peter Blume i sin juridiske metodebog:

»Retsdogmatikken kategoriseres traditionelt i forskellige discipliner ... En hovedopdeling foretages mellem privatretten og den offentlige ret. Privatretten omfatter den retlige regulering, der vedrører borgernes indbyrdes forhold. Denne regulering kan være baseret på privat skabte retskilder eller på regler fastsat af staten i form af lovgivning ... Den offentlige ret omfatter den regulering, der vedrører forholdet mellem borgerne og staten samt andre offentlige myndigheder.«<sup>2</sup>

Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø foretager ligeledes en afgrænsning mellem offentlig og privat ret. Den offentlige ret defineres som:

»... de love og regler, som giver borgere og virksomheder rettigheder og pålægger borgere og virksomheder pligter, samt de love og regler som regulerer det indbyrdes forhold mellem offentlige myndigheder ... Udgangspunktet er, at en offentlig myndighed ikke kan pålægge private borgere og virksomheder påbud eller forbud uden at have hjemmel ... *Privatretten* omfatter de regler, der regulerer det indbyrdes forhold mellem private borgere og virksomheder ... Udgangspunktet i privatretten er partsautonomi, eller aftalefrihed...«<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Tak til Christian Borch for værdifulde kommentarer til artiklen og til Reza Banakar og Rasmus Wandall for givtige diskussioner om emnet.

<sup>2</sup> Blume 2006, s. 143.

<sup>3</sup> Nielsen & Tvarnø 2005, s. 26 f.

Det interessante ved denne definition er særligt, at privatretten som udgangspunkt bygger på aftalefrihed, mens den offentlige forvaltning kun kan handle under hjemmel i lov. Desværre er denne betragtning ikke videre udbygget, selvom Nielsen og Tvarnø dog nævner – ganske som Blume – at »... visse regler og love ikke fuldkommen falder ind under denne inddeling.«<sup>4</sup> Da dikotomien således er noget uskarp i retsvidenskaben, benyttes den ofte alene som en fordelagtig afgrænsning af visse regelsæt i den retlige praksis og juridiske forskning og undervisning.<sup>5</sup> Ved at sondre afgrænses kompleksiteten i regelkomplekserne, men det lykkes ikke at forklare konsekvenserne, diskutere forudsætningerne og redegøre for baggrunden for sondringen.

Denne artikel vender sig mod Max Weber for at kaste lys på disse perspektiver. Weber (1864-1920) var uddannet jurist og havde praktiseret jura, inden han gav sig i lag med sit sociologiske og retssociologiske projekt, som gjorde ham til en af sociologiens skabere og en af de største sociologer gennem tiderne. Gennem de små 1500 sider i værket *Economy and Society* behandlede Weber eksplicit distinktionen i sine retssociologiske analyser og så uddifferentieringen af de to sfærer som et led i – og forudsætning for – udviklingen af de moderne vestlige samfund og således som et led i modernitetsudviklingen. Via sine omfattende historiske og komparative studier formåede Weber at iagttage uddifferentieringen af de to retlige sfærer og relatere dem til en bredere retlig, statslig og økonomisk udvikling. Dette syn på retten i forhold til en samfundsmæssig udvikling gør, at Webers studier er et oplagt sted at begynde, når sondringens bagvedliggende paradigmer undersøges.

Weber hævder, at distinktionen allerede på kanten til det 20. århundrede var vanskelig at opretholde. Weber anerkender også, at distinktionen er kendt fra det romerske rige, men påviser samtidig, at den ikke har eksisteret i alle samfund til alle tider. Ifølge Weber skete uddifferentieringen, som det søges analyseret frem nedenfor, med oprettelsen af den moderne vestlige stat. Førhen og i andre samfund havde magtens og styrets organisation omkring herskeren og med dennes tilhørende administration mere karakter af privatret, men en privatret under andre former, end vi kender i dag grundet andre kontraktformer. Weber hævder, at sondringen ikke fandtes, eller i hvert fald var meget flydende, i samfund, hvor al ret, alle jurisdiktioner og al autoritær magt var personlige privilegier for statens patriarkalske leder (fx kongen eller fyrsten). Dennes magt og ret var konstitueret og legitimeret som patriarken i familien, hvorfor denne ret hører under den private rets sfære.

<sup>4</sup> Nielsen & Tvarnø 2005, s. 26.

<sup>5</sup> Som også Blume nævner, s. 143.

Formålet med denne artikel er at undersøge distinktionen i lyset af Webers projekt for at bidrage til en indledende diskussion om forholdet mellem offentlig og privat ret. Ved at inddrage Webers nuancerede analyse i diskussionen forsøges det at fremskrive nogle underliggende paradigmer bag sondringen for at perspektivere de retlige aspekter. Hvad ligger til grund for opdelingen? Hvordan er opdelingen relateret til samfundsudviklingen? Hvad er fundamentene for »gråzonen« mellem de to retlige sfærer?

I det følgende redegøres først for Webers definition af de to retlige sfærer, herefter relateres dikotomien til hans generelle sociologi, hvorefter dikotomien behandles i forhold til Webers syn på udviklingen af retten i før-moderne samfund. Herefter undersøges uddifferentieringen af de to sfærer i relation til den moderne rets og stats udvikling. Endeligt konkluderes der på, hvad Weber bidrager med i forhold til dikotomien.

### Tre definitioner af offentlig og privat ret

I sit retssociologiske værk i bind 2 af *Economy and Society* begynder Weber med afsnittet om »Fields of Substantive Law«, hvoraf det første underafsnit omhandler distinktionen »Public Law and Private Law«. Weber kalder sondringen for en af de vigtigste i den juridiske litteratur på trods af, at sondringen indeholder visse kontroverser. Typisk for Weber fremlægges først begrebsdefinitioner, inden de benyttes i de videre analyser. Weber behandler distinktionen ud fra tre sammenhængende aspekter, som kan kategoriseres under overskrifterne: Reguleringens genstand, pligter vs. rettigheder og koordination vs. subordination.

#### 1. Reguleringens genstand

Den første definition omhandler, ganske som definitionerne i de danske juridiske metodebøger og i Digesterne, *retsnormernes genstand*. De normer, som regulerer *statens handlinger*, hvilket for Weber betyder de handlinger, som vedrører bevarelsen, udviklingen og udøvelsen af statens formål, kan defineres som offentlig ret. Dog er der ifølge Weber en lille modifikation: At statens »objectives ... must themselves be valid by virtue of enactment or consensus.«<sup>6</sup> Dette betyder, at for at den offentlige ret kan være udviklet, må der være en forestilling om en stat, som handler ud fra legitime formål. Privatretten kan defineres som de normer, der på trods af at være udstedt af staten regulerer andre handlinger end statshandlinger. I dette ligger, at der skal være en form for opdeling af handlinger, som er statslige og handlinger, som er

<sup>6</sup> Weber 1978, s. 641.

private. Der skal med andre ord være en adskillelse mellem en offentlig sfære og en privat sfære. Denne definition er sammenvævet med den næste.

## 2. Pligter vs. rettigheder

Offentlig ret kan ifølge Weber blive betragtet som de samlede normer, der indeholder *instrukser* til statsansatte for så vidt angår deres embede. Disse instruktioner er ifølge Weber pligter for de ansatte. På trods af at Weber anerkender, at den offentlige ret kan etablere rettigheder – som fx stemmeretten – for de individer, der er underlagt den offentlige ret, mener han, at den offentlige ret som hovedregel ikke etablerer rettigheder for de statsansatte. I tidligere tider og i andre statsformer blev offentlige rettigheder opfattet som privilegier for visse grupper i samfundet, hvor disse grupper via deres sociale status havde rettighederne til deres positioner i forvaltningen. I dag opretholdes sådanne privilegier ikke som juridiske rettigheder. For, som Weber skriver, fra »a legal point of view, the public rights of individuals are but those spheres of activity in which he acts as an agent of the state for specifically delimited purposes.«<sup>7</sup> Eller med andre ord: På trods af at sådanne rettigheder formelt fremtræder som personlige rettigheder, må de betragtes som værende en del af den offentlige ret, og de vedrører embedet og ikke personen.

## 3. Koordination vs. subordination

Den tredje og måske mest givende definition af privat og offentlig ret kan ifølge Weber anses som en forskel mellem *lov om koordinering* og *lov om subordination*. Privatretten omhandler retlige

»affairs in which several parties are confronting each other so that the law treats them as being coordinated and their legal spheres are to be »properly« defined against each other by the legislature, the judiciary or, by means of legal transactions, by the parties themselves.«<sup>8</sup>

Den offentlige ret er en ret om subordination. Der eksisterer en form for autoritær magt, og den, som har denne magt over befalingerne, kan befale over de retssubjekter, som er underlagt autoriteten, som retten skaber. Begrebet offentlig ret inkluderer både relationerne mellem forskellige organer i staten og dem, som er deres subjekter, og også de aktiviteter, hvor subjekterne skaber og kontrollerer disse organer. Dog er det ikke alle regelkomplekser, som regulerer magtforhold, der falder inden for den offentlige ret. Det kræver en form for uddifferentieret sfære af det private fra det offentlige. Autoritære forhold, som dem der eksisterer i familier eller på arbejdspladser, vil falde in-

<sup>7</sup> Weber 1978, s. 642.

<sup>8</sup> Weber 1978, s. 642.

den for privatretten, da de har deres oprindelse i en form for kontraktsret baseret på rettigheder.

### Webers generelle sociologi

Sondringen mellem offentlig og privat ret – eller rettere uddifferentieringen af den offentlige ret fra privatretten – bliver udkrystalliseret når den ses i sammenhæng med Webers overordnede projekt. Webers videnskabelige projekt var at undersøge de særegne træk ved vesten i forhold til andre samfundskulturer på tværs af historien og kloden og at finde de forskellige årsager, som førte til fremkomsten af den vestlige civilisation og særlig kapitalismen som værende det væsentligste karakteristikum ved vesten. Weber stiller gentagne gange sit forskningsspørgsmål:

»Hvilken kæde af omstændigheder har ført til, at der netop på vestlig grund, og kun her, optrådte kulturfænomener, der ikke desto mindre – sådan som i det mindste vi selv ynder at forestille os – var led i en udvikling af universel betydning og gyldighed?«<sup>9</sup>

Dette fokus på den europæiske kapitalisme er et gennemgående træk ved Webers substantielle sociologi. De unikke træk ved vesten undersøges ud fra historisk-komparative studier, som på den ene side fokuserer på institutioner, samfund og civilisationer i Vesten, Mellemøsten, Kina og andre steder – eller Occidenten og Orienten, som han kalder det – gennem forskellige tidsperioder for at undersøge, hvad der adskiller disse samfund fra Vesten og herved bestemme forudsætninger for fraværet af den kapitalistiske udvikling andre steder i verden. Herudover undersøger Weber de interne udviklingstræk og særegenheder ved Vesten. Det indebærer bl.a. analyser af specifikke betingelser for den kapitalistiske udvikling, herunder særligt studiet om »Den protestantiske etik og kapitalismens ånd«<sup>10</sup> og hans studier af retten.<sup>11</sup> Specielt i sin retssociologi identificerer Weber en vedvarende rationalitetsproces, hvor samfundsinstitutioner i stigende grad bliver affortryllet og rationaliseret, således at vi bevæger os mod »et jembur af formålsrationalitet«. Webers interesse for den moderne ret er:

<sup>9</sup> Weber 2003 Bind 1, s. 271.

<sup>10</sup> Weber 2001.

<sup>11</sup> Webers retssociologi er blevet anset som et hans centrale studier. Som *Parsons* bemærkede: »In my opinion, the great extent to which the core of Weber's substantive sociological work, both theoretical and empirical, lay in the sociology of law has not been adequately appreciated.« *Parsons* 1965, s. 174 f. og *Parsons* fortsatte måske endnu kraftigere: »I should like strongly to suggest that the core of Weber's substantive sociology lies neither in his treatment of economic and political problems nor in his sociology of religion, but in his sociology of law.« *Parsons* 1971, s. 40.

»centred upon the ways and consequences of the »rationalization« of the law, that is, the development of those juristic qualities which are characteristic of it today.«<sup>12</sup>

Rationaliseringen af retten i form af nedskreven ret er således en nøgle til at forstå Webers projekt samt til at forstå uddifferentieringen af den offentlige ret fra den private ret. For som Weber viser i sine analyser, er det vanskeligt at forstå rettens udvikling, hvis den ikke relateres til de former for organisation og magt, som den udspringer fra.

### Rettens udvikling i før-moderne samfund

Baggrunden for, at Weber kan analysere en uddifferentiering mellem de to retssfærer i sammenhæng med skiftende statsformer og en retlig rationaliseringsproces, skal findes i Webers historisering af forskellige samfundsinstitutioner. Weber sporer udviklingen af retten gennem fire stadier:

»... charismatic legal revelation through »law prophets«; second, empirical creation and finding of law by legal honoratiories, i.e., law creation through cautelary jurisprudence and adherence to precedent; third, imposition of law by secular or theocratic powers; fourth and finally, systematic elaboration of law and professionalized administration of justice by persons who have received their legal training in a learned and formally logical manner.«<sup>13</sup>

Med denne beskrivelse af retlige stadier relaterer Weber den retlige udvikling, hvilket betyder forskellige former for retlige kategorier eller juridisk metode, til forskellige former for retlige beslutningstagere, forskellige former for autoritet, dominans og legitimation.<sup>14</sup> Og det er i dette lys, Weber bl.a. undersøger uddifferentieringen af den offentlige ret fra privatretten. Weber understreger, at det ikke er en beskrivelse af den retlige evolution, men at det er en idealtypisk beskrivelse. En idealtipe er Webers metodiske redskab til at reducere virkelighedens kompleksitet. Idealtyper er ikke hypoteser eller beskrivelser af virkeligheden; de er ensidige abstraktioner eller tankemodeller, som

<sup>12</sup> Weber 1978, s. 775 f.

<sup>13</sup> Weber 1978, s. 882. Se for diskussion om Webers syn på rettens udvikling i fx Bendix 1966 p. 391 og Hunt 1978, s. 106 f.

<sup>14</sup> Uddifferentieringen af forskellige retlige felter, som privatret og offentlig ret, har været afhængig af forskellige forhold af både juridisk tænkning og politisk organisation. Weber mener, at økonomien har spillet en rolle for denne udvikling, men kun til en vis grad hvor rationaliseringen af den økonomiske adfærd er baseret på fænomener som markedsøkonomi og kontraktfrihed, og hvor den »resulting awareness of underlying, and increasingly complex conflicts of interests to be resolved by legal machinery« har influeret på den retlige systematisering og intensiveret institutionaliseringen af politikken. Weber 1978, s. 655.



indeholder en begrænset selektion af virkelighedens multiple elementer. Derfor må de være logisk konsistente og adækvate i forhold til, hvad de modellerer.<sup>15</sup>

Ved de før-moderne former for ret var den offentlige ret ikke udsondret fra den private ret. Retten var hverken systematiseret eller logisk opbygget. Tværtimod, i primitive kulturer var retsansvendere og ledere karismatiske i deres karakter, hvilket betyder, at deres autoritet var begrundet i »... magical powers, whether of prophets, persons with a reputation for therapeutic or legal wisdom ...«<sup>16</sup> I samfund styret af karismatiske ledere træffes afgørelser, som lederen finder bedst uden hjælp fra en formaliseret, kodificeret eller traditionel ret og tænken. Denne form for afgørelser indeholder hverken et formaliseret retligt system eller materielle normer og regler. I stedet skabes beslutningerne på baggrund af følelser, sympatier etc.<sup>17</sup> I idealtypiske samfund af denne karakter eksisterer ikke en egentlig forvaltning, og derfor er der ingen adskillelse mellem offentlig og privat ret. Regler skabes af retsprofeter, orakler etc., som er ekstraordinære, og som bliver behandlet, som om vedkommende er besiddende overmenneskelige, overnaturlige og exceptionelle personlige kvaliteter.

Heller ikke i traditionelle samfund er der sket en udsondring af den offentlige ret fra privatretten. I sådanne samfund, hvor ledere fx består af konger og fyrster, er lederne udpeget af de traditionsbundne regler. Weber fremhæver, at herskerens befalinger er legitimeret enten på grund af handlingens værdi ud fra traditionsbundne regler eller ud fra værdien af herskerens skøn, som er ubundet af specifikke regler. Det sidste betyder, at herskeren kan dømme, som han vil.

I den traditionelle autoritets rene form, forklarer Weber, at:

»... it is impossible for law or administrative rule to be deliberately created by legislation. Rules which in fact are innovations can be legitimized only by the claim that they have been »valid of yore,« but have only now been recognized by means of »Wisdom« ... Legal decisions as »finding of the law« ... can refer only to documents of tradition, namely to precedents and earlier decisions.«<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Weber definerer idealtyper som: »An ideal type is formed by the one-sided *accentuation* of one or more diffuse, discrete, more or less present and occasionally absent *concrete individual* phenomena, which are arranged according to those one-sidedly emphasized viewpoints into a unified *analytical* construct.« Weber 1949, s. 90. Se om Webers metode i fx Adorno 1973; Burger 1978; Collins 2000; Giddens 1971; Hekman 1983.

<sup>16</sup> Weber 1978, s. 241.

<sup>17</sup> Weber 1978, s. 241. Se også Giddens 1971, s. 161.

<sup>18</sup> Weber 1978, s. 227.

Det administrative personale er rekrutteret patrimonisk, hvilket betyder fra personer, som er »related to the chief by traditional ties of loyalty.«<sup>19</sup> Hvis herskeren vil ansætte nogle bestemte personer, sker det ved »statuskontrakter«, hvilket ikke alene er en ansættelseskontrakt, men en kontrakt som ændrer status for de personer, som indgår den.<sup>20</sup> I sådanne samfund er der endnu ikke udsondret et offentligretligt system fra et privatretligt styre. Weber mener, at en sådan form for politisk autoritet essentielt ikke er anderledes end »... that of the head of a household, or a landlord, or a master of serf.«<sup>21</sup> Weber fortsætter:

»Such a state of affairs has never existed as a complete system, but, in so far as it did exist, everything which we legally characterize as falling within the sphere of »public law« constituted the subject matter of the privileged rights of individual power-holders and was in this respect no way different from a »right« in private law.«<sup>22</sup>

Eller med andre ord: Rettighederne til at herske minder om, hvad der findes i privatretten, hvor der ikke skabtes pligter for herskeren. Herskerens magt var på den vis ubegrænset. Således er der ikke sket en udsondring af den offentlige ret fra privatretten. Weber mener, at denne form for ret også primært var den, som kunne findes i romerriget.

### Uddifferentieringen af den offentlige ret fra privatretten: Retten i moderne samfund

Det er først med udviklingen af den moderne stat og administration – den sidste fase i Webers retlige evolution – at der sker en uddifferentiering af den offentlige ret fra den private ret, hvilket er medvirkende årsag til, at kapitalismen kunne udvikles.<sup>23</sup> En af forudsætningerne for, at kapitalismen kunne udvikle sig i vesten, var, ifølge Weber, at retten skabte forudberegnelighed.<sup>24</sup> Weber mener, at

<sup>19</sup> Weber 1978, s. 228.

<sup>20</sup> Se Kronman 1983, s. 100 ff. for en diskussion af statuskontrakter vs. moderne formålskontrakter hos Weber.

<sup>21</sup> Weber 1978, s. 643.

<sup>22</sup> Weber 1978, s. 443 f.

<sup>23</sup> Habermas ser uddifferentieringen af den offentlige ret fra privatretten for alvor tage fart med, hvad han kalder den første retliggørelsesbølge, som finder sted med indførelsen af den europæiske enevælde i 1600-tallet. Privatretten skabte forudberegnelighed på det begyndende økonomiske marked, hvor den offentlige ret skabte forudsætningen for allokeringen af magt i den moderne enhedsstat, som skulle beskytte markedet. Habermas 1984; Habermas 1987, s. 356 ff. Se for denne udvikling i Danmark i Hammerslev 2003.

<sup>24</sup> Dette er en parallel til Durkheim og den funktionalistiske tænkning, som så, at med udviklingen af de moderne differentierede samfund ændredes rettens funktion til at være

»it is primarily the capitalist market economy which demands that the official business of public administration be discharged precisely, unambiguously, continuously, and with as much speed as possible.«<sup>25</sup>

Grunden er, at moderne kapitalistisk virksomhed kræver effektiv administration, hvor den moderne bureaukratiske administration, som både findes i den offentlige forvaltning og i private virksomheder, er den bedste form for organisation:

»Bureaucratization offers above all the optimum possibility for carrying through the principle of specializing administrative functions according to purely objective considerations. Individual performances are allocated to functionaries who have specialized training and who by constant practice increase their expertise. »Objective« discharge of business primarily means a discharge of business according to *calculable* rules and »without regard for persons...« The peculiarity of modern culture, and specifically of its technical and economic basis, demands this very »calculability« of results... Bureaucracy develops the more perfectly, the more it is »dehumanized«, the more completely it succeeds in eliminating from official business, love, hatred, and all purely personal, irrational, and emotional elements which escape calculation. This is appraised as its special virtue of capitalism.«<sup>26</sup>

Staten og statsinstitutionerne samt private former for konfliktløsning – som Weber også så brede sig på sin tid – er med til at beskytte privatsfæren. For at den offentlige administration kan gøre sådan, er det nødvendigt med regler, som styrer administrationen, altså en form for offentlig ret. Kun herved kan statsadministrationen handle forudberegneligt. Weber fortsætter:

»The »progress« toward the bureaucratic state, adjudicating and administering according to rationally established law and regulation, is nowadays very closely related to the modern capitalist development. The modern capitalist enterprise rests primarily on *calculation* and presupposes a legal and administrative system, whose functioning can be rationally predicted, at least in principle, by virtue of its fixed general norms, just like the expected performance of a machine.«<sup>27</sup>

Dette maskineri, eller den retlige autoritet, som Weber kalder det, er den moderne og mest effektive form for administration, hvor legitimiteten er baseret på et retligt system, som er rationelt, frivilligt og bevidst vedtaget. Retlige

---

det system, som skaber forudberegnelighed for andre delsystemer, herunder et økonomisk system.

<sup>25</sup> Weber 1978, s. 975.

<sup>26</sup> Weber 1978, s. 975.

<sup>27</sup> Weber 1978, s. 1394.

normer vedtages ved »... agreement or by imposition, on grounds of expediency or value-rationality or both ...«<sup>28</sup>

Den retlige orden indeholder herved pligter til dem, som har etableret den. Enhver retlig norm er gældende og har sin egen plads i det konsistente og sammenhængende retlige hierarki. Det retlige system fungerer, som Hans Kelsen mere eksplicit har beskrevet det, som et system af *ren ret*.<sup>29</sup> Dette betyder, at personerne, som har magten, selv er subjekt for og underlagt det eksisterende system. Ydermere betyder det, at de personer, som adlyder autoriteterne, kun gør det som medlemmer af den etablerede orden, og hvad de adlyder er retten og ikke personerne, som har magten. Med andre ord: De adlyder en upersonlig orden og kun inden for den rationelle etablerede juridiske sfære.

Et af de vigtigste forhold ved den retlige autoritet er den bureaukratiske organisation, hvor

»... lower office is under control and supervision of a higher one. There is a right of appeal and of statement of grievances from the lower to the higher.«<sup>30</sup>

Det rationelle system skaber plads til bl.a. den juridiske profession, som er uddannet specifikt i regelkomplekserne. Dette betyder også, at ikke-uddannede bliver ekskluderet fra at blive ansat i rationelle organisationer. Weber mener, at de ansatte ikke adlyder deres overordnede, men handler inden for gældende ret. Det er for så vidt ikke af betydning, hvem de er, da de alene følger reglerne. De ansatte vælges på basis af deres eksamensbevis og kvalifikationer efter fastsatte kriterier, hvilket er en ændring i forhold til tidligere tider, hvor ansættelse skete på baggrund af statuskontrakten eller afhængighedsforhold til magthaveren.

### Kontraktens brug i statsadministrationen

I forholdet mellem offentlig og privat ret spiller kontrakten en vigtig rolle. Det var først med ændrede kontraktsformer, at uddifferentieringen af offentlig ret fra privatretten for alvor skete. Weber mener dog også, at sondringen mellem de to former for ret bliver flydende, når personer i statsorganer eller offentlig ansatte indgår samme kontrakter som mellem private. Dette sker, når de i deres officielle embede foretager kontraktuelle arrangementer i handel med varer eller serviceydelser. I Webers diskussion af udviklingen af kontraktsretten benyttes sondringen mellem offentlig ret og privatret til at vi-

<sup>28</sup> Weber 1978, s. 217.

<sup>29</sup> Kelsen 1960.

<sup>30</sup> Weber 1978, s. 218.

se både forskellen mellem de to sfærer og til at vise rettens udvikling, hvor kontrakten er en vigtig del for udbredelsen af det rationelle marked. Kontraktbegrebet er et begreb, som særligt er udviklet inden for privatretten, eller med andre ord

»the most essential feature of modern substantive law, especially private law, is the greatly increased significance of legal *transactions*, particularly *contracts*, as a source of claims guaranteed by legal coercion.«<sup>31</sup>

På samme tid som store bureaukratier udvikler sig, herunder statsadministrationens bureaukrati, mener Weber, at noget af det mest signifikante, der sker inden for privatretten, er den stigende brug af kontrakter, som skaber rettigheder. Disse rettigheder sikres ved den retlige tvangsfuldbyrdelse.

Inden for den offentlige ret eksisterer også kontraktuelle transaktioner i store størrelser. For eksempel, bemærker Weber, er enhver ansættelse af en embedsmand kontraktbaseret, og dele af statsstyringen foregår basalt set også som kontraktstyring. Fx siger Weber, at vedtagelsen af statsbudget er baseret på en frit indgået aftale mellem frie individer eller organer inden for staten, som ikke kan yde tvang over hinanden. Hvis man ser på dette ud fra et retligt synspunkt, ses den offentligt ansattes juridiske forpligtigelser ikke som kontraktuelle i forhold til ansættelsesaftalen – som hvis det havde været en frit indgået kontrakt inden for privatretten – men som handlinger underkastet statsautoriteten, som en offentligt ansat. Dette vedrører således den definition, der blev kategoriseret under overskriften rettigheder og pligter. Begrundelsen for, at vedtagelsen af det offentlige budget ikke behandles som en kontrakt, finder Weber i forestillingen om »suverænen«, som er en central del af forestillingen om den moderne enhedsstat, hvor delene handler på baggrund af dets offentlige forpligtigelser. Også inden for den internationale ret findes denne form for fri indgåelse af kontrakter. Og her kommer Webers historisering ind: Tidligere var embedsmanden mindre kontraktuel fri, end han er på Webers tid – og for så vidt også i dag. Positionen havde baggrund i en underkastelse af de personlige og halvfamiliære autoriteter bestående af dominerende godsejere og herskere. Udviklingen af kontraktsretten – eller af kontraktens vigtighed – og privatrettens stigende betydning skyldes samfundets markedsorientering og den rolle, penge spiller.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Weber 1978, s. 669.

<sup>32</sup> Weber 1978, s. 671.

## Konklusion

Distinktionen mellem offentlig og privat ret er ikke ligetil. Som Weber påviste, dækker sondringen over tre forskellige, men sammenhængende aspekter: reguleringens genstand – som er det aspekt, de danske juridiske metodebøger kredser om – rettigheder vs. pligter og koordination vs. subordination. Ud fra disse perspektiver undersøger Weber uddifferentieringen af den offentlige ret fra den private ret. De to sfærer udsøndres med udviklingen af den moderne stat og administration. Ved at retten udvikles i formålsrationel retning, og den offentlige administration og den offentlige ret udvikles på samme vis, skaber retten forudberegnelighed inden for privatsfæren, hvilket skaber væsentlige mulighedsbetingelser for, at kapitalismen kan udvikles. En ny form for privat ret udvikles, hvor kontrakten er helt central, og samtidig udvikles den moderne bureaukratiske forvaltning til at garantere og beskytte markedet. Ved således at undersøge dikotomien mellem offentlig og privat ret ud fra en retlig udvikling i relation til samfundsorganisation, magt, legitimitet og autoritet, formår Weber at bringe nyt lys til det juridiske perspektiv på sondringen. Hvor sondringen i de danske juridiske metodebøger særligt fokuserer på reguleringens genstand, selvom Nielsen og Tvamø kort berører rettigheds- og pligtaspektet ved henholdsvis aftalefriheden i privatretten og hjemmelsbetingelsen i den offentlige ret, behandler Weber de tre aspekter i sammenhæng med samfundsudviklingen og formår derfor at skrive dem ind i en modernitetshistorie.

Herved er sondringen ikke alene en praktisk sondring i den juridiske undervisning, men den har betydning for udviklingen og organiseringen af moderne samfund. Dette illustreres fx også i dag, når den vestlige verden eksporterer ret, statsinstitutioner og markedsøkonomi til andre dele af verden – inkl. til de tidligere kommunistiske lande i Østeuropa, hvor adskillelsen mellem offentlig og privat ret som oftest ikke var eksisterende. Med den offentlige ret forsøges at ændre de måder, staten organiseres på, og måder, staten beskytter og legitimerer det frie marked, mens privatretten søger at skabe koordinering på et frit marked. Den retlige assistance produceres, og de retlige modeller eksporteres forskelligt i USA og i EU. Hvor det i USA sker ved nærmest privatretlige kontrakter via private aktører uden for staten, sker det i EU ud fra hjemmelsbestemmelser i EU-retten og i de nationale lovgivninger via statsagenter – og altså inden for staten.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Se fx *Dezalay & Garth 2002; Guilhot 2005; Hammerslev 2006a; Hammerslev 2006b; Hammerslev (under udgivelse)*.

## Referencer

- Adorno, Theodor W. (1973) *Negative Dialectics*. London: Routledge.
- Bendix, Reinhard (1966) *Max Weber: An intellectual portrait*. London: Methuen & Co.
- Blume, Peter (2006) *Juridisk metodelære*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Burger, Thomas (1978) *Max Weber's Theory of Concept Formation: History, Laws, and Ideal Types*. Durham: Duke University Press.
- Collins, Randall (2000) *Max Weber - personen og forfatterskabet*. København: Hans Reitzels Forlag.
- Dezalay, Yves & Garth, Bryant G. (2002) *The Internationalization of Palaces War: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press.
- Giddens, Anthony (1971) *Capitalism & Modern Social Theory: An analysis of the writings of Marx, Durkheim and Max Weber*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Guilhot, Nikolas (2005) *The Democracy Makers*. New York: Columbia University Press.
- Habermas, Jürgen (1984) *Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*. London: Heinemann.
- Habermas, Jürgen (1987) *Theory of Communicative Action: A Critique of Functionalist Reason*. Cambridge: Polity Press.
- Hammerslev, Ole (2003) *Danish Judges in the 20th Century: A Socio-Legal Study*. Copenhagen: DJØF Publishing.
- Hammerslev, Ole (2006a) Kampen om den dømmende magt i Bulgarien: Import og eksport af ret, juridiske institutioner og ekspertise. *Retfærd. Nordic Legal Journal*, 29, 27-42.
- Hammerslev, Ole (2006b) The Construction of the Dominant Position within an International Field of Legal Assistance. *Retfærd. Nordic Legal Journal*, 114, 64-79.
- Hammerslev, Ole (under udgivelse 2007) USA vs. EU i Østeuropa: To produktions- og eksportmetoder af stat, ret og markeder. *Praktiske Grunde. Tidsskrift for kultur- og samfundsvidenskab*. nr. 1.
- Hekman, Susan J. (1983) *Weber, the Ideal Type, and Contemporary Social Theory*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Hunt, Alan (1978) *The Sociological Movement in Law*. London: The Macmillan Press.
- Kelsen, Hans (1960) *Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Wien: Franz Deuticke.

- Kronman, Anthony T. (1983) *Max Weber*. Stanford, Calif: Stanford University Press.
- Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D. (2005) *Retskilder og retsteorier*. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Parsons, Talcott (1965) Max Weber 1864-1964. *American Sociological Review*, 30, 171-175.
- Parsons, Talcott (1971) Value-freedom and objectivity. In Stammer, O (ed.) *Max Weber and Sociology Today*. Basil Blackwell, Oxford.
- Weber, Max (1949) *The Methodology of the Social Sciences*. New York: The Free Press.
- Weber, Max (1978) *Economy and Society*. Berkeley: University of California Press.
- Weber, Max (2001) *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. London: Routledge.
- Weber, Max (2003) *Udvalgte tekster bind 1 + 2*. Copenhagen: Hans Reitzels Forlag.



# Jeg en gård mig bygge vil

– En kommentar til EF-domstolens dom af 25. januar 2007 i sag C-370/05, Festersen og dennes betydning for landbrugslovens bopælskrav

af

*Søren Friis Hansen*

## 1. Landbrugslovens bopælskrav

### 1.1. Historik

Siden landbrugsreformen i 1769 har det været et bærende princip i den danske landbrugslovgivning, at de jorder, der tilhører en landbrugsejendom, har skullet drives af personer, der er beboere på ejendommen.<sup>1</sup> Bopælspligten udspringer af den såkaldte opretholdelsespligt, der skulle sikre, at landbrugsejendomme opretholdtes som selvstændige brug, der var ejet af de enkelte bønder. Således bestemtes det i Forordning om Bøndergaardes Ødelæggelse af 6. juni 1769, § 5:

*»De Bøndergaarde, som herefter formedelst Ildsvaade eller anden Aarsag ødeblive, maae Eierne, endskiønt sammes Jorder ej bruges under Sæde- eller Avlsgaarde, dog ej lade ubebygte henligge, men skal samme inden 3 Aar, fra den Tid de ere ødeblevne, igien med Bygning, Besætning og Beboere forsyne, under 30 Rdlrs Straf for hver Tønde saadan Gaards Hartkorn aarlig, at regne fra den til Bebyggelsen foreskrevne Termin og indtil Gaarden er vorden sat i fuldkommen Stand.«*

Ved lov af 19. februar 1861 om Forandringer i Fæstelovgivningen, var det bestemt (jf. lovens § 2 in fine), at en ejer af en landbrugsejendom, som var fraflyttet ejendommen, var berettiget til at bortleje ejendommen efter tilladelse fra indenrigsministeriet, idet *»dog at der holdes Dug og Disk«* på ejendommen, indtil betingelserne for at sælge ejendommen var opfyldt. I landbrugsloven af 1925<sup>2</sup> var bopælskravet formuleret således (jf. lovens § 2, stk. 1):

<sup>1</sup> Jf. *Flemming Tolstrup: Landbrugspligten* (1958), s. 89-93, og *Peter Mortensen: Landbrugsloven*, 2005, s. 100.

<sup>2</sup> Jf. lov nr. 106 af 3. april 1925.

»Enhver bestaaende Landbrugsejendom, der oprettes efter denne Lovs Ikrafttræden, og som ved Oprettelsen har et Jordtilliggende af mindst 1 ha geometrisk Maal og en Jordværdi af mindst 1000 Kr., skal opretholdes som et selvstændigt Brug og være forsynet med Bygninger og Beboere, som driver Jorden fra de paagældende Bygninger, saaledes at ingen Del af Arealet indgaar i en anden Ejendoms Sædskifte eller Markindeling.«

Selv om tanken bag bopælspligten var, at en landbrugsejendom skulle tjene som bopæl for en familie, blev bopælspligten anset for at være opfyldt, hvor en ungkarl, der sørgede for sig selv og benyttede daglejere til ejendommens drift, havde bopæl på ejendommen.<sup>3</sup>

Landbrugsloven af 1949<sup>4</sup> var baseret på en regel om, at ingen måtte eje mere end 2 landbrugsejendomme. Udgangspunktet var, jf. lovens § 2, at en landejendom skulle drives som et selvstændigt brug af ejendommens beboere. Det var bestemt, jf. 1949-lovens § 15, stk. 3, at såfremt ejeren af en landbrugsejendom ikke havde bopæl på ejendommen, skulle denne bebos af en bestyrer eller forpagter. Bopælskravet blev således anset for opfyldt, hvis ejeren af en landbrugsejendom drev denne for egen regning ved at ansætte en bestyrer, der tog bopæl på ejendommen.<sup>5</sup> Tilsvarende bestemtes det i landbrugsloven af 1967,<sup>6</sup> at en landbrugsejendom skulle opretholdes som et selvstændigt brug, hvorfra jorden blev drevet af beboerne, jf. 1967-lovens § 8. Ved lov nr. 230 af 19. maj 1971 ændredes landbrugsloven. I forbindelse med denne ændring anlagdes en mere lempelig fortolkning af kravet om, at en landejendom skulle drives af beboere på ejendommen, idet man i administrativ praksis anså bopælskravet opfyldt, hvis bopæl opretholdtes på ejendommen i det omfang, det var nødvendigt for ejendommens drift.<sup>7</sup>

Der bestod således i dansk ret oprindeligt intet krav om, at det var den person, der var *ejers* af en landbrugsejendom, som skulle tage bopæl på denne. Et krav om, at det er den person, der erhverver en landejendom, som skal tage fast bopæl på ejendommen, blev således først indført i dansk ret ved lov nr. 300 af 6. juni 1973. Det blev indført som en betingelse for erhvervelse af en landbrugsejendom, at erhververen inden seks måneder tog bopæl på ejendommen, jf. lov om landbrugsejendomme, § 16, stk. 1, nr. 3, som affattet ved lov nr. 300 af 6. juni 1973.

Ved lov nr. 263 af 8. juni 1978, blev kravet til bopælspligten strammet. Landbrugslovens § 7, stk. 2, indeholdt således et krav om, at den, der som ejer eller forpagter drev en landejendom, skulle have fast bopæl på ejendom-

<sup>3</sup> Jf. hertil *Flemming Tolstrup*: Landbrugspligten, (1958), s. 128.

<sup>4</sup> Jf. lov nr. 291 af 31. marts 1949.

<sup>5</sup> Jf. om landbrugsloven af 1949, § 2, *Flemming Tolstrup*: Landbrugspligten (1958), s. 168f.

<sup>6</sup> Jf. lov nr. 114 af 4. april 1967.

<sup>7</sup> Jf. *Ginnerup-Nielsen, m.fl.*: Landbrugsloven med kommentarer (1984), s. 140.

men. Bopælskravet blev nærmere defineret på den måde, at ejeren skulle have »fast og varig bopæl på den pågældende ejendom, og at denne skulle tjene som den pågældendes hovedbopæl i skattemæssig henseende«, jf. landbrugslovens § 18b, stk. 1, som affattet ved lov nr. 263 af 8. juni 1978. Ved bekendtgørelse nr. 649 af 15. december 1978 blev det bestemt, at bopælskravet skulle opfyldes af erhververen i mindst 8 år fra det tidspunkt, hvor forpligtelsen indtrådte, jf. bekendtgørelsens § 2.<sup>8</sup>

Bopælskravet blev opretholdt i lov nr. 327 af 4. juni 1986. Kravet om, at ejeren skulle drive ejendommen, blev ved lov nr. 381 af 7. juni 1989 ophævet for ejendomme mellem 15 og 30 hektar. Landbrugslovens § 7 og § 16, stk. 1, var gældende indtil ikrafttrædelsen af lov om landbrugsejendomme i 2004, jf. senest lovbekendtgørelse nr. 598 af 15. juli 1999.

### 1.2. Højesterets dom UfR 2001.1249 H

Spørgsmålet, om reglerne for erhvervelse af landbrugsejendomme i Danmark er foreneligt med fællesskabsretten, var allerede tidligt genstand for overvejelse.<sup>9</sup> I forbindelse med en analyse af Domstolens dom i Festersen-sagen springer det umiddelbart i øjnene, at den danske Højesteret allerede i 2001 havde lejlighed til at tage stilling til en sag, der angik spørgsmålet, om landbrugslovens bopælskrav er foreneligt med fællesskabsretten. Ved Højesterets dom af 15. marts 2001 (jf. UfR 2001.1249 H), konstaterede Højesteret, at det måtte følge af EF-domstolens praksis, at bopælskravet i Landbrugsloven ikke stred mod fællesskabsretten, hvis kravet ikke indebar en diskrimination på grundlag af nationalitet, hvis det varetog almene samfundshensyn, og hvis det ikke gik videre end nødvendigt.

Sagen angik en engelsk statsborger, der havde erhvervet en landejendom i Danmark. Han havde imidlertid ikke taget bopæl på ejendommen inden seks måneder fra erhvervelsen. Ved byretten anlagde englænderen sag mod landbrugsministeriet med påstand om, at bopælskravet var i strid med EF-traktatens artikel 43, og at der skulle rettes et præjudicielt spørgsmål herom til EF-domstolen i medfør af artikel 234 EF.

Østre Landsret afsagde dom i sagen den 7. februar 2000. Landsretten konstaterede for så vidt angik fællesskabsretten, at hensynet til sikring af befolkningsgrundlaget i landdistrikterne, samt det underliggende formål at hindre jordspekulation, må anses for: »så væsentlige samfundsmæssige hensyn, at

<sup>8</sup> Kravet om opretholdelse af bopælen i mindst 8 år blev opretholdt indtil vedtagelsen af lov om landbrugsejendomme i 2004, jf. senest bekendtgørelse nr. 627 af 26. juli 1999, § 4, stk. 2.

<sup>9</sup> Jf. hertil *Ginnerup-Nielsen m.fl.*: Landbrugsloven med kommentarer (1984), s. 248 f.

*disse alene kan begrunde opretholdelsen af bopælskravet for ejendomme, hvis areal ikke overstiger 30 ha.»*

For så vidt angik spørgsmålet om egnethed og proportionalitet konstaterede landsretten, idet man herved henholdt sig til landbrugsministeriets anbringende<sup>10</sup>:

*»For så vidt angår kravene i interesseafvejningsmodellen om egnethed og proportionalitet findes bopælspligten egnet til at sikre de hensyn, der bærer reglen. Der er ikke grundlag for at antage, at mindre vidtgående bestemmelser, f.eks. et krav om, at landbrugsejendomme, hvis areal ikke overstiger 30 ha, skulle være beboede ved udleje, vil være tilstrækkelige til at sikre lovens formål.«*

Højesteret stadfæstede landsrettens dom, idet man med hensyn til spørgsmålet om fællesskabsretten bemærkede følgende:

*»Som anført af landsretten skal bopælskravet modvirke fjerneje og jordspekulation samt bidrage til en sikring af befolkningsgrundlaget i landdistrikterne. Af de grunde, der er anført af landsretten, tiltræder Højesteret, at bopælskravet ikke er i strid med EF-traktatens artikel 43.«*

Højesterets dom i UfR 2001.1249 H blev kritiseret i litteraturen. Således anførte Ulla Neergaard,<sup>11</sup> at landbrugslovens regler om bopælspligt på en række punkter måtte antages at være i strid med fællesskabsretten, og at det havde været ønskværdigt, om landsretten eller Højesteret havde forelagt et præjudicielt spørgsmål for EF-domstolen i den pågældende sag.<sup>12</sup>

Den nævnte kritik udløste en reaktion i litteraturen. Således anførte Peter Starup,<sup>13</sup> at den fremførte kritik var »grundløs«, at det »klart« fremgik af EF-domstolens praksis, at kritikken var uberettiget, samt at kritikernes konklusioner byggede på: »en misforståelse af en række grundlæggende begreber samt visse omstændigheder vedrørende Domstolens prøvelse af nationale foranstaltningers overensstemmelse med EF-traktatens frihedsrettigheder...«

<sup>10</sup> Landbrugsministeriets anbringende på dette punkt er gengivet således: »Bopælspligten er samtidig nødvendig og proportional, idet der ikke findes mindre indgribende midler til at opnå de to formål«.

<sup>11</sup> Jf. Ulla Neergaard: UfR 2002B, s. 213-219. Se tillige Ulla Neergaard, Tidsskrift for landboret 2003, s. 165-174.

<sup>12</sup> Se tilsvarende Ruth Nielsen: EU-retten (3. udg. 2002), s. 305, der forholder sig kritisk til Højesterets manglende forelæggelse.

<sup>13</sup> Jf. Peter Starup: Tidsskrift for landboret 2003, s. 151-164.

### 1.3. Lov om landbrugsejendomme

I 2004 gennemførtes en grundlæggende reform af den danske landbrugslovgivning. Reglerne om bopælspligt er nu placeret i lov om landbrugsejendomme (i det følgende »LBL«),<sup>14</sup> jf. senest lovekendtgørelse nr. 60 af 19. januar 2007. I forarbejderne til 2004-loven slås det fast, at landbrugserhvervet har gennemgået en kraftig strukturudvikling i de sidste 25-35 år. Det hedder således i bemærkningerne:<sup>15</sup>

*»Tidligere opgørelser har vist, at det samlede antal landbrugsbedrifter er faldet markant siden 1960-erne. I 1995 udgjorde antallet af bedrifter kun ca. 46 procent af antallet af bedrifter i 1970, hvor der var registreret 148.512 landbrugsbedrifter. Tendensen med fald i antallet af landbrugsbedrifter er fortsat. Antallet af bedrifter udgjorde i 2002 i alt 50.530 svarende til ca. 74 procent af antallet af bedrifter i 1995.«*

Bopælspligten er videreført stort set uændret med vedtagelsen af lov om landbrugsejendomme. Det følger af LBL § 12, stk. 1, nr. 3), jf. § 8, stk. 1, at en erhverver af en landbrugsejendom inden seks måneder fra erhvervelsen skal tage fast og varig bopæl på ejendommen. Ejeren skal opretholde sin bopæl på ejendommen i en periode på mindst 8 år. Dette krav, der tidligere var fastlagt i bekendtgørelsen, er nu skrevet direkte ind i loven, jf. LBL § 8, stk. 1. Når ejeren har haft bopæl på ejendommen i 8 år, kan bopælspligten opfyldes af en bestyrer ansat af ejeren. Det fremgår af lovens forarbejder, at krav om bopæl på ejendommen i mindst 8 år er fastsat med henblik på at sikre, at ejeren reelt tager bopæl på ejendommen. En overtrædelse af reglerne om bopælspligt straffes med bøde, jf. LBL § 50, stk. 1.

Bopælskravet er nærmere defineret i bekendtgørelse nr. 421 af 3. juni 2005, § 2.<sup>16</sup> Det følger af denne bestemmelse, at bopælspligten er opfyldt, når ejeren benytter ejendommen som sin faste bolig, idet vedkommende skal være tilmeldt folkeregisteret som boende på ejendommen. Ejeren skal tillige overnatte på ejendommen, således at denne tjener som vedkommendes hovedbopæl i skattemæssig henseende.

I henhold til LBL § 8, stk. 5, kan ministeren dispensere fra bopælskravet, når særlige forhold taler for det. Cirkulære nr. 26 af 22. februar 2000 indeholder bestemmelser om dispensation fra bopælspligten. Det fremgår, at der »kun« i ganske særlige tilfælde meddeles dispensation.

<sup>14</sup> Jf. lov nr. 435 af 9. juni 2004.

<sup>15</sup> Jf. Folketingstidende 2003-04 A, s. 3962.

<sup>16</sup> Bekendtgørelsens § 2 svarer til den tidligere landbrugslovs § 18 b. Se om praksis vedrørende opfyldelse af bopælskravet *Peter Mortensen* i *Jordlovgivning* (1997), s. 525-530, samt *Ginnerup-Nielsen m.fl., Landbrugsloven med kommentarer* (1984), s. 249 f.

I forarbejderne til lov om landbrugsejendomme er der under henvisning til UfR 2001.1249 H, samt EF-domstolens dom af 23. september 2003 i sag C-451/01, Ospelt, foretaget en meget omfattende vurdering af bopælskravets forenelighed med fællesskabsretten (særligt artikel 43 EF og artikel 56 EF). Det fremgår af forarbejderne, at regeringen var af den opfattelse, at bopælskravet ganske vist indebærer en restriktion for den fri bevægelighed, men at denne foranstaltning dog kunne anses for at være retfærdiggjort.<sup>17</sup> Dette skyldtes, at bopælskravet forfølger samfundsmæssige hensyn, anvendes uden forskelsbehandling, og må anses for at være egnet til at opfylde disse hensyn. For så vidt angår spørgsmålet om proportionalitet anførtes, at en opgivelse af bopælskravet ville føre til, at efterspørgselen ville blive udvidet til at omfatte kapitalanbringelse. Herefter anførtes:<sup>18</sup>

*»Denne begrænsning af efterspørgslen på landbrugsjord kan ikke umiddelbart erstattes af mindre indgribende reguleringer. Hvis der ikke eksisterede et bopælskrav ved erhvervelse af landbrugsejendomme, kunne al kapital investeres frit i disse objekter, og alternativet til at kunne fastholde priserne på et ønskeligt niveau ville være en statslig prisregulering.*

*Bopælskravet må antages at have en efterspørgsels- og prisdæmpende effekt til fordel for produktionslandbruget, og en opretholdelse af bopælskravet er et nødvendigt og proportionalt instrument til forfølgelse af lovens formål.*

*Det skal i den forbindelse bemærkes, at bopælskravet ved erhvervelse af en landbrugsejendom skal opfyldes i mindst 8 år. Baggrunden for begrænsningen af bopælskravet til en periode på 8 år er, at det skal sikres, at en erhverver også reelt tager fast bopæl på ejendommen, uden at der dog er tale om en »stavnsbinding«. En tidsbegrænsning af bopælskravet skønnes at være egnet til at sikre visse af lovens formål, herunder bosætningen i landdistrikterne, uden dog at gå ud over, hvad der er nødvendigt for, at formålene opfyldes. En periode på 8 år skønnes tillige at være af en sådan længde, at det umiddelbart ikke er muligt at omgå kravet om bopælspligt, og samtidig er det et tilstrækkeligt tidsrum til, at der kan opstå en varig tilknytning til lokalsamfundet. Efter udløbet af de 8 år, vil en ejendom alene være undergivet driftsbopælskravet, der principielt kan opfyldes af en forpagter på dennes egen ejendom.«*

#### **1.4. Sammenfatning vedrørende bopælspligten**

Et krav om, at der skulle være beboere på en landbrugsejendom, har i forskellige udformninger været gældende i Danmark siden 1769. Dette krav udspringer oprindeligt af ønsket om at opretholde de enkelte landbrugsejendomme som selvstændige brug.

Et krav om, at bopælspligten skal opfyldes af ejeren af ejendommen, er først blevet indført i 1973. Det er bemærkelsesværdigt, at landbrugslovgivningens regler om bopælspligt løbende er blevet strammet op samtidig med,

<sup>17</sup> Jf. Folketingstidende 2003/04 A, s. 3971.

<sup>18</sup> Jf. Folketingstidende 2003/04 A, s. 3972

at antallet af bedrifter er reduceret markant. Dette ubestridte faktum dokumenterer, at bopælspligten ikke er et egnet middel til at bevare selvejet i dansk landbrug.

## 2. Festersen-sagen (sag C-370/05)

### 2.1. Faktum og generaladvokatens forslag til afgørelse

Uwe Kay Festersen, der er tysk statsborger, erhvervede i 1998 en landejendom beliggende i Sønderjyllands Amt. Festersen tog imidlertid ikke bopæl på ejendommen, hvorefter landbrugskommissionen for Sønderjyllands Amt gav ham påbud om at lovliggøre situationen i september 2000. I juli 2001 fik Festersen en frist på seks måneder til at afhænde ejendommen, medmindre han tog bopæl på ejendommen. Festersen blev i august 2003 idømt en bøde på 5.000 DKK for at undlade at efterkomme påbuddet afgivet i 2000, idet han dog i juni 2003 havde taget bopæl på ejendommen. Festersen ankede straffesagen til Vestre Landsret med påstand om, at landbrugslovens bopælspligt var i strid med artikel 43 EF og 56 EF. Vestre Landsret besluttede den 10. oktober 2005 at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EF-domstolen angående denne problemstilling.

Generaladvokat Stix-Hackl offentliggjorde sit forslag til afgørelse i sag C-370/05 den 3. oktober 2006. Generaladvokaten konstaterede, at det var ubestridt af sagens parter, at landbrugslovens bopælskrav indebærer en begrænsning af retten til frie kapitalbevægelser, og at spørgsmålet derfor var, om en sådan begrænsning kunne retfærdiggøres (jf. forslagets præmis 31-32). Generaladvokaten konstaterede herefter, at bopælskravet ikke kunne anses for at være diskriminerende (jf. forslagets præmis 33-40).

Herefter vurderede generaladvokaten, om foranstaltningen kunne anses for proportional.<sup>19</sup> Generaladvokaten konstaterede, at dyrkning formentlig ville kunne sikres uden bopælspligt, (jf. forslagets præmis 44), og at det faktum, at der har kunnet konstateres en koncentrationsproces i dansk landbrug, ikke i sig selv skulle tale mod bopælskravets proportionalitet. På denne baggrund fandt generaladvokaten ikke, at et krav om opretholdelse af bopælskravet i otte år kunne anses for åbenbart uforholdsmæssigt. Herefter konkluderede generaladvokaten (jf. forslagets præmis 56):

*56 Jeg skal derfor foreslå, at de præjudicielle spørgsmål besvares som følger:*

*»Bestemmelserne om de frie kapitalbevægelser er ikke til hinder for et bopælskrav som det, der er foreskrevet i landbrugsloven. Dette gælder uafhængigt af, om en landbrugsejendom*

<sup>19</sup> Se generelt om proportionalitetsprincippet og de elementer, der indgår i vurderingen af, om en foranstaltning kan anses for at være proportional, *Jan Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet* (2000).

*kan udgøre en selvstående enhed, eller om en landbrugsejendoms beboelsesbygning er beliggende i byzone.»*

## **2.2. EF-domstolens dom af 25. januar 2007**

EF-domstolens tredje afdeling afsagde dom i sag C-370705 den 25. januar 2007. Domstolen konstaterede indledningsvist (jf. præmis 22-23), at kapitalbevægelser omfatter transaktioner, hvorved udlændinge erhverver en fast ejendom på en medlemsstats område, hvorfor den danske lovgivning skulle undersøges i relation til artikel 56 EF. Herefter konstaterede Domstolen, at selv om det danske bopælskrav ikke indebærer en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, så begrænser kravet dog retten til frie kapitalbevægelser, jf. dommens præmis 25. En sådan foranstaltning skal derfor retfærdiggøres under henvisning til de af EF-domstolen udviklede kriterier for retfærdiggørelse af restriktive nationale foranstaltninger.

Domstolen slog herefter fast, at hensynet til at bevare selvejet, hensynet til at opretholde en befolkning i landdistrikterne og hensynet til at bekæmpe presset på jordarealer er sådanne tvingende samfundsmæssige hensyn, der kan retfærdiggøre restriktioner for de frie kapitalbevægelser (jf. dommens præmis 26-28), hvorfor det skal undersøges, om bopælskravet er proportionalt. Domstolen konstaterede herefter (jf. præmis 30-33):

*»30 Hvad angår spørgsmålet, om den i hovedsagen omtvistede nationale foranstaltning er egnet, bemærkes, at den blot omfatter en bopælspligt og for en erhverver af en landbrugsejendom på under 30 ha ikke indebærer en forpligtelse til selv at drive ejendommen. En sådan foranstaltning forekommer således ikke i sig selv at kunne sikre gennemførelsen af det fremførte formål om at bevare den traditionelle selvejedrift.*

*31 Hvad angår det andet formål med landbrugsloven er det ganske vist rigtigt, at bopælspligten pr. definition kan bidrage til opretholdelsen af en befolkning i landdistrikterne, og den kan desuden navnlig opfyldes af de landmænd, der i overensstemmelse med et af de generelle formål med landbrugsloven, som er at fremme selvejedrift, selv driver deres produktionsanlæg.*

*32 De bemærkes imidlertid, at når henses til de parallelle fænomener, at antallet af landbrugsbedrifter er faldende, og at de sammenlægges, hvilket fremgår af de skriftlige indlæg for Domstolen og ikke er blevet bestridt under retsmødet, kan formålet om at skabe forudsætninger for en fast bosiddende befolkning i landdistrikterne ikke opfyldes, når erhvervelsen netop foretages af en landmand, der allerede er bosiddende på en anden bedrift. I et sådant tilfælde sikrer bopælspligten ikke, at det nævnte formål opfyldes, og det forekommer derfor ikke, at denne pligt faktisk i sig selv er egnet til at opfylde et sådant formål.*

*33 Hvad angår det tredje formål, der søges opnået ved landbrugsloven, bemærkes, at bopælspligten kan nedsætte antallet af potentielle købere af landbrugsejendomme og dermed kan mindske presset på markedet for disse ejendomme. Det må således erkendes, at en nati-*



*onal lovgivning, der indebærer en sådan pligt, som har til formål at undgå, at landbrugsjord erhverves i rent spekulativt øjemed, og som således skal bidrage til, at disse jorder først og fremmest erhverves af personer, der ønsker at drive dem, opfylder et alment hensyn i en medlemsstat, hvori landbrugsjord ubestridt udgør en begrænset naturressource.«*

Herefter tog Domstolen stilling til, om foranstaltningen går ud over, hvad der er nødvendigt (jf. dommens præmis 35-41):

*»35 Der skal ved en sådan vurdering tages hensyn til, at pligten ikke blot begrænser de frie kapitalbevægelser, men også erhververens ret til frit at vælge sit opholdssted, hvilken ret han imidlertid er sikret ved artikel 2, stk. 1, i protokol nr. 4 til konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«).<sup>20</sup>*

*36 I artikel 6, stk. 2, EU bestemmes følgende: »Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved [EMRK], og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten« (dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 36).*

*37 Da bopælspligten således strider mod en grundlæggende rettighed, som garanteres ved EMRK, er den derfor særlig indgribende. Det er følgelig et spørgsmål, om der kunne træffes andre, mindre indgribende foranstaltninger end denne forpligtelse.*

*38 Den danske regering har herved anført, at den pågældende forpligtelse ikke kan erstattes af mindre indgribende foranstaltninger, der i samme grad er egnede til at hindre, at prisdannelsen på landbrugsjord til produktionsformål påvirkes af en efterspørgsel, der udelukkende har kapitalanbringelse for øje, til skade for de landmænd, som driver produktionslandbrug.*

*39 Selv om den danske regering har gjort gældende, at det eneste alternativ til bopælspligten for at kunne fastholde priserne på et ønskeligt niveau ville være en statslig prisregulering, har den imidlertid ikke forklaret, hvorledes en sådan foranstaltning ville være mere indgribende end den valgte bopælspligt. Den har heller ikke begrundet, hvorfor en anden foranstaltning, der er nævnt i sagen, hvorved der tilskyndes til udlejning af boliger, der erhverves på en landbrugsejendom, er mere restriktiv end denne forpligtelse. Regeringen har heller ikke i sine indlæg overvejet eller evalueret andre foranstaltninger, der i givet fald ville være mindre hindrende for de frie kapitalbevægelser, såsom bestemmelser om højere beskatning ved videresalg af jord kort tid efter erhvervelsen eller krav om en væsentlig minimumsvarighed for lejekontrakter for landbrugsjord.*

*40 Domstolen kan således ikke på grundlag af det ovenfor anførte fastslå, at bopælspligten er nødvendig for at opfylde det forfulgte formål.*

<sup>20</sup> Artikel 2, stk. 1, i protokol 4 til EMRK lyder: »Enhver, der lovligt befinder sig på en stats område, skal inden for dette have ret til at færdes frit og til frit at vælge sit opholdssted«.

*41 Selv hvis det forudsættes, at denne forpligtelse anerkendes som en nødvendig foranstaltning for at opfylde det forfulgte formål, fordi den i sig selv har en positiv indvirkning på ejendomsmarkedet (i betragtning af de omkostninger, enhver ændring af bopæl indebærer, hvilket har en dæmpende virkning på spekulative ejendomstransaktioner), bemærkes, at eftersom der til denne forpligtelse er knyttet en betingelse om, at bopælen skal opretholdes i mindst otte år, er det åbenbart, at en sådan supplerende betingelse går ud over, hvad der kan anses for nødvendigt, navnlig idet den indebærer en langvarig suspension af udøvelsen af den grundlæggende frihedsrettighed til at vælge sit opholdssted.»*

Med hensyn til adgangen til at søge dispensation fra landbrugslovens bopælskrav konstaterede Domstolen, at potentielle erhververe af landbrugsejendomme ikke af det relevante cirkulære kan udlede, i hvilke specifikke og objektive situationer der gives eller nægtes dispensation fra bopælspligten, hvorfor der består en sådan usikkerhed om de danske regler, at det ikke er muligt for borgerne at kende omfanget af deres rettigheder og pligter i henhold til artikel 56 EF. De danske regler om dispensation fra bopælskravet er derfor i strid med det fællesskabsretlige retssikkerhedsprincip, jf. dommens præmis 41-44.<sup>21</sup> Afslutningsvis konstaterede Domstolen, at spørgsmålet om den undtagelse vedrørende erhvervelse af sommerhuse, der er indrømmet Danmark, er irrelevant for det foreliggende spørgsmål. Herefter konkluderede Domstolen, jf. præmis 48 og 51:

*»48 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 56 EF er til hinder for, at der i en national lovgivning som den i hovedsagen omtvistede som betingelse for erhvervelse af en landsbrugsejendom stilles krav om, at erhververen tager fast bopæl på ejendommen.*

*51 Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at denne fortolkning af artikel 56 EF ikke berøres af den omstændighed, at en erhvervet landbrugsejendom ikke udgør en selvstående enhed, og at ejendommens beboelsesbygning er beliggende i byzone.»*

<sup>21</sup> Se om de fællesskabsretlige krav til nationale retsreglers præcision *Niels Fenger: Forvaltning og Fællesskab*, 2004, s. 447-453, der konstaterer, at EF-domstolen stiller skærpede krav til forudsigelighed, når det drejer sig om regler, der indebærer en restriktion for de ved EF-traktaten sikrede frihedsrettigheder. Se endvidere *Søren Friis Hansen: Skattepolitisk Oversigt 2006/5*, s. 249-267 (s. 255-259), hvor det dokumenteres, at det krav, som ved lov nr. 519 af 7. juni 2006 er indført om, at en her i landet bosiddende arbejdstager skal søge om tilladelse for at føre en i udlandet indregistreret firmabil her i landet, er i strid med det fællesskabsretlige retssikkerhedsprincip.

### 3. Konsekvenser af Domstolens dom i Festersen-sagen

#### 3.1. Retskraften af en dom afsagt i henhold til artikel 234 EF

Ved sin dom af 25. januar 2007 har EF-domstolen slået fast, at landbrugslovens bopælskrav er uforeneligt med artikel 56 EF. EF-traktatens artikel 228 fastlægger rækkevidden af den retskraft, der tilkommer en dom afsagt af Domstolen i henhold til artikel 226 EF,<sup>22</sup> men en tilsvarende bestemmelse om retskraft og retsvirkning findes ikke for så vidt angår sager, der afgøres af EF-domstolen i henhold til artikel 234 EF. Det følger af formålet med adgangen til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen, at Domstolens fortolkning af fællesskabsretten er bindende for den domstol, der har indbragt sagen for Domstolen,<sup>23</sup> ligesom den er bindende for andre domstole, der skal træffe afgørelser vedrørende tilsvarende sager. Dette indebærer, at Vestre Landsret på baggrund af Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål er forpligtet til at frikende Uwe Kay Festersen i den ved landsretten verserende straffesag.

Det er uomtvistet, at artikel 56 EF er umiddelbart anvendelig, og at bestemmelsen har forrang for dansk ret. Enhver medlemsstat er retligt forpligtet til at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af EF-traktatens målsætninger i fare, jf. artikel 10, stk. 2, EF. Denne forpligtelse gælder tilsvarende for enhver offentlig myndighed i en medlemsstat, jf. udtrykkeligt Domstolens dom af 29. april 1999 i sag C-224/97, Ciola, præmis 29-30.<sup>24</sup>

Det påhviler således enhver national domstol og offentlig myndighed at lægge den fortolkning af fællesskabsretten til grund, som Domstolen har udtalt i en sag, der er indbragt for Domstolen i henhold til artikel 234 EF, jf. således udtrykkeligt Domstolens dom af 13. januar 2004 i sag C-453/00, Kühne & Heitz NV, præmis 20-22:

*»20 Som Domstolen allerede har udtalt, påhviler det samtlige medlemsstaternes myndigheder at sikre overholdelsen af fællesskabsrettens bestemmelser inden for rammerne af deres respektive kompetence (jf. dom af 12.6.1990, sag C-8/88, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 2321, præmis 13).*

*21 Den fortolkning, som Domstolen foretager af en fællesskabsretlig regel under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 234 EF, belyser og præciserer i nødvendigt omfang be-*

<sup>22</sup> Jf. nærmere om retsvirkningen af, at EF-domstolen har afsagt en dom i henhold til artikel 226 EF, hvorved danske skatteregler er underkendt, *Søren Friis Hansen: Skattepolitisk Oversigt 2005/7*, s. 417-422.

<sup>23</sup> Jf. således Domstolens dom af 3. februar 1977 i sag 52/76, Benedetti, præmis 26. Se hertil *Steiner & Woods: Textbook on EC Law* ((8th ed. 2003), s. 569 f.

<sup>24</sup> Jf. hertil *Søren Friis Hansen: Skattepolitisk Oversigt 2005/1*, s. 1-25 (s. 24).

tydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden (jf. bl.a. dom af 27.3.1980, sag 61/79, *Denkavit italiana*, Sml. s. 1205, præmis 16, og af 10.2.2000, sag C-50/96, *Deutsche Telekom*, Sml. I, s. 743, præmis 43).

22 Heraf følger, at et forvaltningsorgan skal anvende en således fortolket fællesskabsretlig regel inden for rammerne af sin kompetence selv på retsforhold, der er opstået og stiftet, inden Domstolen afsagde den præjudicielle dom.«

Domstolens fortolkning af fællesskabsretten forpligter således de nationale domstole og myndigheder ex tunc, idet pligten efter omstændighederne kan indebære et krav om, at en myndighed på anmodning fra en borger skal genoptage en allerede afsluttet sag med henblik på at omgøre en tidligere truffet afgørelse, der nu viser sig at være i strid med fællesskabsretten, jf. ovennævnte doms præmis 26-28.

Der er grund til at fremhæve, at EF-domstolen atter slår fast, at når det er konstateret, at en national foranstaltning indebærer en restriktion for en af de ved EF-traktaten sikrede frihedsrettigheder, så påhviler bevisbyrden for, at den pågældende foranstaltning kan retfærdiggøres, den pågældende medlemsstat, der ønsker at håndhæve en restriktiv national foranstaltning.<sup>25</sup> Dette fremgår udtrykkeligt af dommens præmis 39, 3. pkt., sammenholdt med præmis 40, hvor Domstolen slår fast, at eftersom den danske regering i sine indlæg ikke har overvejet eller evalueret mindre indgribende foranstaltninger, kan Domstolen ikke på det foreliggende grundlag fastslå, at bopælspligten er nødvendig for at opfylde det forfulgte formål.

### 3.2. Lov om landbrugsejendomme

Det kan på baggrund af den ovenstående analyse konkluderes, at danske domstole og forvaltningsmyndigheder fra den 25. januar 2007 er forpligtet til at undlade at bringe bestemmelserne om bopælspligt i LBL § 8, stk. 1, og § 12, stk. 1, nr. 3, i anvendelse over for personer, der nyder retsbeskyttelse i henhold til fællesskabsretten.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Jf. hertil *Søren Friis Hansen*: Skattepolitisk Oversigt 2004/7, s. 415-437 (s. 431).

<sup>26</sup> Der er grund til at erindre om, at bestemmelsen i artikel 56 EF, i modsætning til de øvrige bestemmelser i EF-traktaten vedrørende frihedsrettigheder, tillige indeholder et forbud mod restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande. Dog bestemmes i artikel 57, stk. 1, EF, det for så vidt angår kapitalbevægelser til og fra tredjelande, at restriktioner, der vedrører bl.a. investeringer i fast ejendom, og som var i kraft den 31. december 1993, ikke er berørt af forbuddet i artikel 56 EF. Landbrugslovens bopælskrav kan således fortsat bringes i anvendelse over for personer fra tredjelande, der erhverver en dansk landbrugsejendom.

Dommen har imidlertid tillige afgørende betydning for bestemmelserne om selskabers erhvervelse af landbrugsejendomme, jf. LBL § 20. Reglerne om aktie- og anpartsselskabers erhvervelse af landbrugsejendomme er baseret på et princip om, at mindst 10 % af aktie- eller anpartskapitalen, og flertallet af stemmerettigheder i det erhvervende selskab skal være ejet af en person ('ankermanden'), der opfylder bopælskravet i LBL § 12, stk. 1, nr. 3, jf. LBL § 20, stk. 1, nr. 1, litra b.<sup>27</sup> Selskaber er umiddelbart beskyttet af artikel 56 EF, og det må på denne baggrund konkluderes, at bopælskravet ikke kan håndhæves over for en person, der lader et af vedkommende kontrolleret aktie- eller anpartsselskab erhverve en dansk landbrugsejendom.

#### 4. Festersen-sagens betydning for danske domstoles forelæggelse af præjudicielle spørgsmål (artikel 234 EF)

##### 4.1. Om artikel 234 EF

Bestemmelsen i artikel 234 EF er af afgørende betydning for sikringen af, at fællesskabsretten overholdes. Således er arbejdsfordelingen mellem de nationale domstole og EF-domstolen fastlagt i artikel 234 EF. Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af EF-traktaten, jf. artikel 234, stk. 1, EF. Bestemmelsens stk. 2 og stk. 3 lyder:

*»Såfremt et sådant spørgsmål rejses ved en ret i en af Medlemsstaterne, kan denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom, anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet.*

*Såfremt et sådant spørgsmål rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig at inddrage sagen for Domstolen.«*

Princippet er således, at enhver national domstol har *ret* til at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EF-domstolen, jf. bestemmelsens stk. 2, medens en national domstol, der træffer afgørelse i sidste instans, har pligt til at forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen, jf. stk. 3.

En national domstol, der træffer afgørelse i sidste instans, kan dog undtagelsesvis undlade at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EF-domstolen angående fortolkningen af den relevante fællesskabsret, såfremt det spørgsmål, der foreligger for domstolen, materielt er identisk med et spørgsmål, som allerede har været genstand for en præjudiciel prøvelse ved EF-domstolen (den såkaldte *acte éclairé*-doktrin), eller såfremt fællesskabsrettens korrekte anvendelse fremgår med en sådan klarhed, at der ikke er plads for

<sup>27</sup> Se hertil nærmere *Peter Mortensen: Landbrugsloven, 2005, s. 216-219.*

fortolkningstvivil (den såkaldte *acte clair*-doktrin).<sup>28</sup> For at undlade forelægelse med henvisning til *acte clair*-doktrinen, må den nationale domstol være overbevist om, at hverken de øvrige medlemsstaters retter eller EF-domstolen vil være i tvivl om afgørelsen. Der stilles således strenge betingelser, for at en national ret, der træffer afgørelse i sidste instans, kan undlade at forelægge et præjudicielt spørgsmål for EF-domstolen.<sup>29</sup>

Det har i den danske litteratur været fremført, at betingelserne for anvendelse af *acte clair*-doktrinen bør lempes. Malene Roose Øvlisen anfører således under henvisning til § 104, stk. 3, i Domstolens procesreglement, at anvendelsesområdet for *acte clair* bør kunne udvides på trods af, at Domstolen har holdt fast i sin afgørelse i *Cilfit*-sagen.<sup>30</sup> Dette postulat afvises med rette af Hans Sønderby Christensen,<sup>31</sup> der dokumenterer, at en henvisning til en bestemmelse i Domstolens procesreglement, hvis formål er et ganske andet end bestemmelsen i artikel 234 EF, naturligvis ikke giver tilstrækkeligt retskildemæssigt belæg for at lempe den pligt til at foretage en præjudiciel forelæggelse, der i henhold til artikel 234, stk. 3, EF, påhviler en national domstol, som skal afsige en afgørelse i sidste instans. Det forhold, at Domstolen i *Festersen*-sagen underkendte landbrugslovens bopælskrav, dokumenterer således vigtigheden af, at nationale domstole, der træffer afgørelse i sidste instans, nøje overholder forpligtelsen til at forelægge præjudicielle spørgsmål.

<sup>28</sup> Jf. Domstolens dom af 6. oktober 1982 i sag 283/81, *Cilfit*, præmis 16.

<sup>29</sup> Jf. *Ulla Neergaard & Ruth Nielsen*: EU-ret (4. udg. 2005), s. 111. Se tilsvarende *Thomas Oppermann*: *Europarecht* (3. Aufl. 2005), s. 237, der anfører: »An die 'Klarheit' ist jedoch ein strenger Maßstab auszulegen«, samt tilsvarende *Craig & De Búrca*: *EU Law* (3rd ed. 2003), s. 445-451.

<sup>30</sup> Jf. således UfR 2006B, s. 195-203 (særligt s. 202 f.).

<sup>31</sup> Jf. UfR 2007B, s. 51 (s. 49-51). Se tillige *Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen*: *EU-retten* (3. udg. 2004), s. 214 f., der synes at være forstående over for nationale domstole, der undlader at foretage en præjudiciel forelæggelse. Forfatterne anfører således, at en præjudiciel forelæggelse kan være meget tidskrævende, hvilket kan være en tilstrækkelig grund til, at en national domstol undlader at forelægge et præjudicielt spørgsmål. Forfatternes argumentation forekommer ikke overbevisende. Det faktum, at en præjudiciel forelæggelse kan være tidskrævende, synes ikke at være tilstrækkeligt grundlag for at retfærdiggøre, at de retsgarantier, der tilkommer borgerne i henhold til fællesskabsretten, tilsidesættes. Se hertil *Steiner & Woods*: *Textbook on EC Law* (8th ed. 2003), s. 565 f., der med rette anfører (min fremhævelse, SFH): »While it is clearly not necessary for 'final' courts to refer questions of Community law in every case, a lax approach by such courts towards their need to refer, resulting in a non-referral, may lead to an incorrect application of Community law and, for the individual concerned, a denial of justice. For him, this is the end of the road«.

#### 4.2 Var anvendelse af Acte clair-doktrinen i UfR 2001.1249 H berettiget?

Højesteret foretog i sin afgørelse UfR 2001.1249 H, dels en prøvelse af, om der forelå et tvingende samfundsmæssigt hensyn, som kunne retfærdiggøre bopælspligten, dels en meget kortfattet prøvelse af, om bopælspligten kunne anses for at være egnet til at opfylde de pågældende tvingende samfundsmæssige hensyn, hhv. om den kan anses for at være proportional.<sup>32</sup> Spørgsmålet om bopælskravets forenelighed med den europæiske menneskerettighedskonvention ses hverken omtalt af Østre Landsret eller Højesteret.

Det følger umiddelbart af EF-domstolens dom i Festersen-sagen, jf. dommens præmis 41, at det er »åbenbart«, at det hidtidige danske krav om, at ejeren skulle opretholde bopæl på ejendommen i en periode på 8 år, går ud over, hvad der kan anses for nødvendigt, fordi kravet indebærer en langvarig suspension af den grundlæggende ret til selv at vælge opholdssted.

Højesteret konkluderede i afgørelsen af UfR 2001.1249 H, at der ikke bestod nogen for sagens afgørelse rimelig tvivl om forståelsen af fællesskabsretten, hvorfor det ikke var nødvendigt at forelægge et spørgsmål for EF-domstolen. Domstolens dom i Festersen-sagen rejser det principielle spørgsmål, om Højesterets anvendelse af acte clair-doktrinen i UfR 2001.1249 H var forenelig med gældende fællesskabsret.

Vurderingen af, om Højesteret i sagen UfR 2001.1249 H har tilsidesat den forpligtelse til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen, som følger af artikel 234, stk. 3, EF, skal naturligvis foretages ud fra forholdene, som de var i 2001. Man kan i den forbindelse spørge, om der er sket en sådan ændring i EF-domstolens praksis, som gør, at vurderingen af bopælskravets lovlighed ville være faldet væsentligt anderledes ud, såfremt EF-domstolen skulle have taget stilling til spørgsmålet i 2001. Spørgsmålet, om en national foranstaltning, der indebærer en restriktion, kan anses for at være proportional, kan kun afgøres af en domstol efter en konkret vurdering i den enkelte sag. Der synes ikke at foreligge sådanne ændringer i EF-domstolens praksis siden 2001, som gør, at Domstolens vurdering af proportionalitetsspørgsmålet i relation til landbrugslovens bopælskrav ville være faldet anderledes ud i 2001, end den gjorde i 2007.

Når der henses til, at generaladvokaten i sit forslag til afgørelse i Festersen-sagen nåede til det modsatte resultat af Domstolen, er det evident, at der har

<sup>32</sup> *Peter Starup*, antager med hensyn til to tidligere domme, at disse er: »så tilstrækkeligt klare præjudikater, at Højesteret med rette undlod at forelægge spørgsmålet for Domstolen«, jf. TfL 2003, s. 151-164 (s. 163). Starup foretager imidlertid ingen prøvelse af, om foranstaltningen kunne anses for egnet eller proportional, og spørgsmålet om bopælskravets forenelighed med den europæiske menneskeretskonvention berøres ikke.

bestået en betydelig tvivl om den fællesskabsretlige vurdering af landbrugslovens bopælskrav. Pointen er imidlertid netop, at konstateringen af en fortolknings tvivl udløser en retlig forpligtelse for en national domstol, der træffer afgørelse om et spørgsmål i sidste instans, til at forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen.

Når det således i dag er »åbenbart«, at det danske bopælskrav går videre end nødvendigt til opfyldelse af sit formål, og at det derfor ikke er foreneligt med fællesskabsretten, kan det ikke i 2001 have fremgået med den fornødne klarhed, at der ikke bestod nogen fortolknings tvivl om bopælskravets forenelighed med fællesskabsretten. Det kan på denne baggrund konkluderes, at den prøvelse af bopælskravets forenelighed med fællesskabsretten, der har været foretaget af Østre Landsret og Højesteret i sagen UfR 2001.1249 H, har været utilstrækkelig til, at der kunne drages en konklusion gående ud på, at fællesskabsrettens korrekte anvendelse for så vidt angik landbrugslovens bopælspligt fremgik med en sådan klarhed, at forelæggelse kunne undlades med henvisning til *acte clair*-doktrinen.

EF-domstolens dom i Festersen-sagen er en påmindelse om, at det påhviler enhver dansk domstol, fra byretten til Højesteret, at påse iagttagelsen af Danmarks fællesskabsretlige forpligtelser, og at den enkelte domstol efter omstændighederne er underlagt en forpligtelse til at forelægge spørgsmål angående en omtvistet national foranstaltning for EF-domstolen. Denne forpligtelse gælder *også* i de kontroversielle sager, hvor den danske regering ser en væsentlig interesse i, at der ikke sker forelæggelse, og kan kun fraviges under de strenge betingelser, der er opstillet af EF-domstolen.

Med EF-domstolens dom i Festersen-sagen, står det klart, at den kritik, der allerede i 2002 blev rejst i litteraturen af den manglende forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål i sagen UfR 2001.1249 H på ingen måde var grundløs. Kritikken var tværtimod særdeles velbegrundet. Det kan således i dag slås fast, at Højesteret ved sin dom i sagen UfR 2001.1249 H, ikke foretog en tilstrækkelig prøvelse af, om bopælspligten i landbrugsloven kunne retfærdiggøres i fællesskabsretlig henseende, og at Højesteret ved at undlade at forelægge et spørgsmål for EF-domstolen i den pågældende sag har tilsidesat de forpligtelser, som i henhold til artikel 234, stk. 3, EF, jf. artikel 10 EF, påhviler en national domstol, der træffer afgørelse i sidste instans.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Se hertil Peter Pagh, UfR 2007B, s. 126-132, der med udgangspunkt i UfR 2007.99 H forholder sig kritisk til danske domstoles tilbageholdende brug af præjudicielle forelæggelser og tiltro til Justitsministeriets udlægning af EU-reglerne.



## 5. Sammenfatning

Den danske landbrugslovgivning har siden 1769 været baseret på et grundlæggende princip om, at hver enkelt ejendom har været underlagt en opretholdelsespligt, som skulle sikre, at de enkelte ejendomme opretholdtes som selvstændige landbrug. Som en følge af opretholdelsespligten har landbrugslovgivningen siden 1769 indeholdt et krav om, at en landbrugsejendom skulle være beboet. Bopælspligten er siden 1973 strammet væsentligt op, således at det efter hidtil gældende dansk ret er erhververen af en landbrugsejendom, som er omfattet af pligten til at tage bopæl på ejendommen. Disse stramminger af bopælspligten er gennemført samtidig med, at det samlede antal af landbrugsbedrifter er styrtdykket.

Bopælskravet blev senest opretholdt som en af hjørnestenene i den nugældende lov om landbrugsejendomme, der blev vedtaget 2004. Ved EF-domstolens dom af 25. januar 2007 i sag C-370/05, Festersen, er det slået fast, at det hidtidige danske bopælskrav er i strid med EF-traktatens artikel 56, idet det bl.a. tilsidesætter den ret til at vælge sit opholdsted, som er sikret ved artikel 2, stk. 1, i protokol 4, til den Europæiske menneskerettighedskonvention.

Domstolens dom i Festersen-sagen har umiddelbar retskraft, og danske domstole og myndigheder er retligt forpligtet til at lægge Domstolens fortolkning af fællesskabsretten til grund. EF-traktatens artikel 56 er umiddelbart anvendelig i Danmark, ligesom den har forrang for reglerne i den danske lov om landbrugsejendomme. Danske myndigheder og domstole er således retligt forpligtet til med øjeblikkelig virkning at undlade at bringe bopælskravet i LBL § 8, stk. 1, og § 12, stk. 1, nr. 3, i anvendelse over for personer, der nyder beskyttelse i henhold til EF-traktaten. Det er således åbenbart, at Folketinget snarest må foretage en ændring af de bestemmelser i lov om landbrugsejendomme, som angår bopælspligten. Domstolens dom i Festersen-sagen må samlet set siges at udgøre en milepæl i dansk landbrugslovgivning.

Domstolens dom i Festersen-sagen er imidlertid tillige af afgørende betydning for danske domstoles anvendelse af fællesskabsretten. Dommen er således tillige en alvorlig påmindelse til de danske domstole om den retlige forpligtelse til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen, som er indeholdt i EF-traktatens artikel 234, stk. 3. Højesteret blev allerede i 2002 kritiseret for, at man ved afgørelsen UfR 2001.1249 H havde undladt at forelægge EF-domstolen et spørgsmål om bopælskravets forenelighed med Fællesskabsretten. Denne kritik var, som Domstolens dom i Festersen-sagen med stor tydelighed dokumenterer, så ingenlunde grundløs.

# Implementering af MiFID-direktivet i dansk ret

– øget og effektiv harmonisering og  
investorbeskyttelse?

af

*Camilla Hørby Jensen, Nina Dietz Legind og Nis Jul Clausen*

## 1. Indledning

Med den finansielle handlingsplan og den hertil knyttede nye reguleringsprocedure – Lamfalussy-proceduren – har EU og dets medlemsstater i løbet af få år gennemført den hidtil største reform af reguleringen af det finansielle marked i Europa. Formålet har, gennem fjernelse af retlige barrierer, øget harmonisering samt øget investorbeskyttelse, været at skabe ét – internationalt konkurrencedygtigt og attraktivt – europæisk marked for udstedelse og omsætning af værdipapirer. Et væsentligt element heri er vedtagelsen af direktivet om markeder for finansielle instrumenter (MiFID-direktivet) med tilknyttede gennemførelsesforskrifter.

Efter en introduktion til den finansielle handlingsplan og Lamfalussy-proceduren under 2, redegøres der under 3 nærmere for MiFID-direktivets regler om investorbeskyttelse. Graden af harmonisering og investorbeskyttelse, som følger heraf, analyseres nærmere under 4. Under 5 drøftes den danske implementering af MiFID-direktivet med særlig fokus på, i hvilket omfang de danske regler øger harmoniseringen, samt hvorvidt der er tale om en øget investorbeskyttelse i dansk ret.

Et væsentligt element i den finansielle handlingsplan og Lamfalussy-proceduren er ønsket om at sikre en mere effektiv og ensartet retsanvendelse og retshåndhævelse af de nationale regler for det finansielle marked. I dansk ret implementeres MiFID-reglerne som en del af den offentligretlige regulering af det finansielle marked. Set ud fra et investorbeskyttelsessynspunkt vil retsanvendelsen og retshåndhævelsen ofte bero på et samspil mellem offentligretlig og privatretlig regulering. Hvilken betydning dette har for de retsanvendende og retshåndhævende organer – Finanstilsynet, de finansielle ankenævne og domstolene – praksis inden for MiFIDs område drøftes under 6. Artiklen sammenfattes under 7.

## 2. Den finansielle handlingsplan og Lamfalussy-proceduren

De finansielle markeder har de seneste årtier været kendetegnet ved en konstant udvikling og forandring, i de seneste årtier ikke mindst foranlediget af den teknologiske udvikling og internationaliseringen af udstedelse af og handel med værdipapirer. Denne udvikling stiller ikke alene store og nye krav til markedsdeltagerne. Der er et konstant behov for, at de regulerende myndigheder og andre regelfastsættere vurderer, hvorvidt den gældende regulering afspejler markedsudviklingen og markedets behov. Der har vist sig et behov for løbende justering og ændring af reguleringen af værdipapirmarkedet.

EU-Kommissionens finansielle handlingsplan fra 1999<sup>1</sup> skal ses i lyset heraf. På baggrund af markedsudviklingen, som blev betegnet som fragmenteret, fremkom Kommissionen med forslag til en gennemgribende reform af den europæiske regulering af det finansielle marked, således at der kunne etableres et fælles og internationalt konkurrencedygtigt europæisk finansielt marked. Den finansielle handlingsplan foreslog en gennemgribende reform af den gældende regulering og påpegede behovet for at styrke samarbejdet mellem de nationale tilsynsmyndigheder.

I forlængelse af den finansielle handlingsplan nedsatte Rådet i 2000 den såkaldte Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets. Komiteen skulle under hensyntagen til de udfordringer, som det europæiske finansielle marked stod over for, blandt andet fremkomme med forslag til nye reguleringsmetoder for EU's regulering af det finansielle marked. I sin endelige rapport – den såkaldte Lamfalussy-rapport<sup>2</sup> – foreslog komiteen, at der i den EU-retlige regulering på det finansielle område gennemførtes en opsplitning af reguleringen: Et direktivniveau med generelle principper og fundamentale krav og et niveau med tekniske og detaljerede regler, som EU-Kommissionen udsteder efter høring i et komite-system.<sup>3</sup>

Den nye reguleringsmetode, som betegnes *komitologi* eller *Lamfalussy-proceduren*, indebærer 4 niveauer i den EU-retlige regulering af det finansielle marked:

1. Rammedirektiver med fastlæggelse af principper og fundamentale krav inden for det pågældende område.
2. Etablering af to komiteer – the EU Securities Committee (med repræsentation fra politisk niveau i medlemsstaterne) og the EU Securities Regulators Committee (CESR med repræsentation fra højeste niveau i medlemsstaternes kompetente myndighed) – som har til opgave at medvirke i forbindel-

<sup>1</sup> Jf. KOM (1999) 232.

<sup>2</sup> Jf. Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets af 15. februar 2001.

<sup>3</sup> Herudover indeholdt Lamfalussy-rapporten en gennemgang af og tidsplan for ændring af de gældende direktiver på området.

se med Kommissionens fastsættelse af detaljerede og teknisk betonedede regler til udfyldning af direktivernes krav.

3. Øget samarbejde og etablering af netværk mellem de regeludstedende myndigheder inden for EU med henblik på at sikre en fælles og ensartet implementering af EU's regler. I forbindelse hermed skal der udarbejdes fælles retningslinjer for de nationale myndigheders implementering af EU-reguleringen. På de områder, hvor der ikke findes EU-regulering, kan der udarbejdes ikke-bindende standarder, som kan anvendes nationalt.

4. Øget indsats med henblik på at sikre håndhævelse af reglerne på det finansielle marked. Kommissionen skulle styrke indsatsen med henblik på at sikre håndhævelse af den EU-retlige regulering, og i denne sammenhæng skal samarbejdet mellem medlemsstaterne, deres regeludstedende myndigheder og den private sektor styrkes.

Et yderligere og væsentligt element i Lamfalussy-proceduren var, at der på EU-plan såvel som nationalt skulle gennemføres en omfattende høringsprocedure i forbindelse med de enkelte forslag til ny regulering. Markedsdeltagerne skulle gennem denne høringsprocedure sikres indflydelse på reguleringen.<sup>4</sup>

Formålet med denne nye procedure var, som det også var fremhævet i den finansielle handlingsplan, dobbelt. Dels ønskede man på europæisk plan at etablere en reguleringsmæssig procedure på europæisk plan, som var tilstrækkelig fleksibel til at kunne imødekomme markedets konstante behov for ændring af reglerne for det finansielle marked. Dels ønskede man en øget harmonisering af reglerne og gennem et øget samarbejde mellem de relevante myndigheder en mere ensartet implementering, anvendelse og håndhævelse af reglerne i de enkelte medlemsstater.

### 3. MiFID-direktivet

Som led i den finansielle handlingsplan og under anvendelse af Lamfalussy-proceduren udstedte Europaparlamentet og Rådet for Den europæiske Union efter forslag fra Kommissionen den 21. april 2004 direktiv 2004/39/EF om markeder for finansielle instrumenter (MiFID-direktivet).<sup>5</sup> Direktivet er et rammedirektiv, idet nogle af reglerne alene har karakter af overordnede bestemmelser.<sup>6</sup> Direktivet bemyndiger imidlertid Kommissionen til at fastsætte

<sup>4</sup> Se nærmere om Lamfalussy-proceduren eksempelvis *Mette Winther Løfquist: Lamfalussy-proceduren ved udformningen af lovgivning for kreditinstitutter – en præsentation*, s. 167 ff. i *Lennart Lynge-Andersen (red.) Kapitalmarked og kunderelationer – hilsener til Lars Gorton (2007)*.

<sup>5</sup> Jf. EUT (2004) L 145/1.

<sup>6</sup> For en dyberegående analyse af forskellige aspekter af MiFID-direktivets investorbekyttelse henvises til *Guido Ferrarini and Eddy Wymeersch (eds.), Investor Protection in Europe – Corporate Law Making, the MiFID and Beyond (2006)*. Se tillige *Jesper Lau*

mere detaljerede gennemførelsesregler til udfyldning og præcisering af direktivets rammer. Dette er sket ved udstedelsen af direktiv 2006/73/EF, der omhandler gennemførelsen af direktiv 2004/39/EF for så vidt angår de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af investeringsselskaber (i det følgende betegnet gennemførelsesdirektivet).<sup>7</sup> Desuden udstedte Kommissionen forordning nr. 1287/2006, der vedrører gennemførelsen af MiFID-direktivet for så vidt angår registreringsforpligtelser for investeringsselskaber, indberetning af transaktioner, markedsgennemsigtighed og optagelse af finansielle instrumenter til handel.<sup>8</sup>

### 3.1. Baggrund og formål

MiFID-direktivet er et af de sidste direktiver, der er vedtaget som led i den ganske omfattende reform af den europæiske regulering af det finansielle marked, som den finansielle handlingsplan tilsigtede. Direktivet er et væsentligt led i EU's ønske om at etablere ét fælles europæisk finansielt marked.

Direktivet erstatter direktiv 93/22/EØF om investeringsservice i forbindelse med værdipapirer (ISD).<sup>9</sup> *Investeringsservicedirektivet* indførte princippet om det europæiske pas og hjemlandstilsyn for investeringsselskaber. Dette betød, at disse selskaber fik adgang til at udøve nærmere bestemte tjenesteydelser eller oprette filialer i andre medlemsstater på baggrund af en tilladelse fra hjemlandets relevante myndigheder, og således at virksomhederne alene skulle være underlagt hjemlandets tilsyn.<sup>10</sup> For at sikre markedets stabilitet og funktion samt investorerne en effektiv beskyttelse harmoniserede direktivet de krav, som investeringsselskaberne skulle opfylde for at opnå tilladelse til at drive virksomhed.

Investeringsservicedirektivet omfattede *regulerede markeder*, men definerede ikke, hvilke funktioner der var knyttet til markeder med denne betegnelse. Tværtimod overlod direktivet det til de enkelte medlemsstater selv at fastsætte, hvilke markeder der skulle betragtes som regulerede.<sup>11</sup> Konsekvensen heraf var, at begrebet ikke kom til at omfatte alle de handelssystemer inden

---

*Hansen: NtS 2006:4 s. 100 ff., samme ET 1/2007 s. 15 ff. og Jeppe Buskov og David Moalem: Revision & Regnskabsvæsen 2006/10 s. 22 ff.*

<sup>7</sup> Jf. EUT (2006) L 241/26.

<sup>8</sup> Jf. EUT (2006) L 241/1.

<sup>9</sup> Jf. EFT (1993) L 141/27.

<sup>10</sup> Ideen om det europæiske pas og hjemlandskontrol synes at stamme fra UCITS direktivet, jf. direktiv 85/611/EC, EFT L311/11 med senere ændringer.

<sup>11</sup> Ved implementeringen i dansk ret i forbindelse med børsreform II blev der i værdipapirhandelsloven indført regler om følgende markeder: Fondsbørser (§ 16 ff.), autoriserede markedspladser (§ 40 ff.), værdipapirmæglere (§ 47) og pengemarkedsmæglere (§ 48). Se nærmere betænkning nr. 1290/1995 Børsreform II, del II, s. 47 ff.

for hvilke, der udveksles information og gennemføres transaktioner med finansielle instrumenter. Desuden var det ikke givet, at en bestemt type handelssystem eller marked ville være omfattet af definitionen af et reguleret marked i alle medlemsstater. Investorbeskyttelsen var derfor ikke nødvendigvis ens i medlemsstaterne. I forhold til at sikre en fælles europæisk investorbeskyttelse og et effektivt og velfungerende europæisk finansielt marked var denne situation ikke optimal.

Denne u hensigtsmæssighed søger MiFID-direktivet at råde bod på. Direktivet er starten på en ny generation af direktiver, der ikke blot indeholder regler for de traditionelle og ofte veldefinerede regulerede markeder,<sup>12</sup> men også regulerer andre systemer inden for hvilke, der udveksles information og gennemføres transaktioner med finansielle instrumenter. MiFID-reguleringen omfatter de såkaldte *multilaterale handelsfaciliteter* (MHF)<sup>13</sup> og *selskaber, der systematisk internaliserer*.<sup>14</sup> For alle disse typer handelssystemer fastlægger direktivet regler om bl.a. før- og efterhandelsinformation.

Foruden det forhold, at nye handelssystemer har gjort deres indtog på markedet, er de *tjenesteydelser og de finansielle instrumenter*, der udbydes på de finansielle markeder, med tiden blevet mere komplekse og forskelligartede.

Desuden er antallet og forskelligheden blandt investorerne øget. Direktivet søger at sikre investorerne en udstrakt grad af beskyttelse, jf. præmis 2. Det sker blandt andet ved at udvide antallet af investororienterede aktiviteter, hvis udøvelse kræver tilladelse og overholdelse af bestemte minimumskrav.<sup>15</sup> Ek-

<sup>12</sup> Ved et reguleret marked forstås i direktivet, jf. artikel 4, stk. 1, nr. 14 et multilateralt system, der drives og/eller forvaltes af en markedsoperatør, som – inden for systemet og under iagttagelse af dets ufravigelige regler – sætter forskellige tredjeparters interesse i køb og salg af finansielle instrumenter i forbindelse med hinanden eller befordrer dette på en sådan måde, at der indgås en aftale om finansielle instrumenter, der er optaget til handel efter dette markeds regler og/eller systemer, og som har opnået tilladelse og fungerer efter forskrifterne samt bestemmelserne i afsnit III.

<sup>13</sup> Multilaterale handelsfaciliteter (MHF) er, jf. artikel 4, stk. 1, nr. 15 et multilateralt system drevet af et investeringsselskab eller en markedsoperatør, der – inden for systemet og efter ufravigelige regler – sætter forskellige tredjeparters interesse i køb og salg af finansielle instrumenter i forbindelse med hinanden på en sådan måde, at der indgås aftale efter bestemmelserne i afsnit II.

<sup>14</sup> Et selskab, der systematisk internaliserer, er, jf. artikel 4, stk. 1, nr. 7 et investeringsselskab, som på organiseret, hyppigt og systematisk grundlag handler for egen regning ved at udføre kundeordrer uden for et reguleret marked eller en MHF.

<sup>15</sup> For investeringsselskaberne betyder dette samtidig en udvidelse af det europæiske pas, idet selskaberne vil kunne udføre de angivne aktiviteter i andre medlemsstater alene med tilladelse fra deres hjemland.

sempelvis medtages investeringsrådgivning<sup>16</sup> og drift af multilaterale handelsfaciliteter som en aktivitet, der kræver tilladelse. Ligeledes udvides kredsen af finansielle instrumenter, som kun kan handles af virksomheder med tilladelse, eksempelvis medtages råvareinstrumenter.

Endelig sker der en *opdeling i kundetyper*, således at investeringsselskabernes informationsgivning til kunderne afhænger af, om der er tale om detailkunder,<sup>17</sup> professionelle kunder<sup>18</sup> eller godkendte modparter.<sup>19</sup>

### 3.2. Lovvalg

I relation til investeringsselskabernes grænseoverskridende aktiviteter og investorbeskyttelsen er spørgsmålet om, hvilke nationale bestemmelser et givet forhold skal bedømmes efter, væsentligt. Dette er i direktivet, som tilfældet var med investeringsservicedirektivet, kædet sammen med, hvilket landsmyndigheder, der har tilsynskompetencen og hermed pligten til at sikre reglernes overholdelse. Som udgangspunkt fører hjemlandet tilsyn med overholdelsen af de pligter, der følger af direktivet. Artikel 32, stk. 7 indeholder imidlertid en undtagelse til dette udgangspunkt. Bestemmelsen har følgende indhold:

Den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvor filialen er beliggende, påtager sig ansvaret for at sikre, at de tjenesteydelser, som filialen præsterer inden for dens område, opfylder forpligtelser, der er fastsat i artikel 19, 21, 22, 24, 27 og 28 og foranstaltninger vedtaget i medfør heraf.

Det fremgår af direktivets artikel 36, stk. 4, at handler, som udføres inden for rammerne af det regulerede markeds systemer, er underlagt de offentligretlige regler i det regulerede markeds hjemland.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Investeringsservicedirektivet indeholdt alene krav til den investeringsrådgivning, der blev ydet som accessorisk virksomhed til andre investeringsserviceaktiviteter.

<sup>17</sup> Jf. definitionen i direktivets artikel 4, stk. 1, nr. 12.

<sup>18</sup> Jf. definitionen i direktivets artikel 4, stk. 1, nr. 11 og nærmere nedenfor under pkt. 4.

<sup>19</sup> Jf. direktivets artikel 24, stk. 2.

<sup>20</sup> Direktivet tager derimod ikke stilling til, hvilke privatretlige regler der skal lægges til grund for løsningen af en retskonflikt mellem de involverede. Har en sådan retskonflikt et internationalt element, må spørgsmålet om lovvalg afgøres efter nationale lovvalgsregler eller international-privatretlige regler. For dansk rets vedkommende vil det betyde, at såfremt parterne ikke har indgået nærmere aftale om lovvalg, vil der være formodning for, at reglerne i det regulerede markeds hjemland – også – skal finde anvendelse på løsningen af den privatretlige konflikt, jf. *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen*, *Børsretten* 2. udg. (2003) s. 65 ff.

#### 4. Beskyttelse af investorerne

Som nævnt er et af de væsentligste formål med MiFID-direktivet at øge og harmonisere beskyttelsen af investorerne. Direktivets artikel 19-24 indeholder krav til investeringsselskaber med henblik på at sikre investorbeskyttelsen. Ligeledes har reglerne i artikel 28, 29, 30, 44 og 45 om gennemsigtighed i forbindelse med transaktionerne investorbeskyttende formål for øje, om end disse bestemmelser tillige har til formål at sikre, at værdipapirmarkedene fungerer hensigtsmæssigt, jf. præmis 44.

##### 4.1. Investorgrupper

Ikke alle investorer har nødvendigvis behov for samme grad af beskyttelse. Direktivet opererer derfor med tre forskellige kundegrupper – detailkunder, professionelle kunder og godkendte modparter, og ifølge præmis 31 bør foranstaltningerne til beskyttelse af investorerne tilpasses de forskellige investorkategorier.

En *professionel kunde* er ifølge direktivets artikel 4, stk. 1, nr. 11 en kunde, som opfylder kriterierne i bilag II til direktivet. En professionel kunde er således en kunde, der besidder den fornødne erfaring, viden og ekspertise til at træffe egne investeringsbeslutninger og foretage en korrekt vurdering af risiciene i forbindelse hermed. Nogle kunder vil altid være at betragte som professionelle. Det er eksempelvis tilfældet for finansielle virksomheder, økonomisk store virksomheder og institutionelle investorer.<sup>21</sup> De således opregnede professionelle kunder har dog ifølge bilag II, pkt. 1, sidste del mulighed for at anmode om status som ikke-professionel kunde, og investeringsselskaber kan indvilge i at yde dem en højere beskyttelse. For de direkte involverede parter er det således muligt kontraktretligt (gennem skriftlig aftale) helt eller delvist at ændre en kundes status som professionel.<sup>22</sup>

Kunder, der ikke opfylder bilagets kriterier for at være professionelle, kan modsvarende efter anmodning, det vil sige på kontraktretlig basis (skriftligt), behandles som sådanne. En forudsætning herfor er dog, at investeringsselskabet efter en vurdering af kundens ekspertise, erfaringer og viden vurderer, at kunden er i stand til at træffe sine egne investeringsbeslutninger og forstå de involverede risici.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Se nærmere direktivets bilag II, pkt. I, nr. 1) til 4).

<sup>22</sup> De nærmere betingelser herfor fremgår af direktivets bilag II, pkt. I, sidste del.

<sup>23</sup> De nærmere kriterier for at blive betragtet som helt eller delvis professionel kunde og proceduren herfor fremgår af direktivets bilag II, pkt. II.



*Godkendte modparter* defineres i direktivets artikel 24, stk. 2, og omfatter finansielle virksomheder under tilsyn, herunder investeringsselskaber, kreditinstitutter, forsikringsselskabet og pensionskasser.

*Detailkunder* defineres negativt i direktivets artikel 4, stk. 1, nr. 12 som kunder, der ikke er professionelle.

## **4.2. Indholdet af udvalgte investorbeskyttelsesregler**

### *4.2.1. God forretningsskik*

MiFID-direktivets artikel 19 angiver kravene til god forretningsskik for investeringsselskaber, når de yder investeringsservice til kunder. Gennemførelsesdirektivet indeholder en række bestemmelser, der udfylder og præciserer artikel 19.

Helt overordnet bestemmes det i artikel 19, stk. 1, at selskabet skal handle ærligt, redeligt og professionelt i sine kunders bedste interesse. Efter § 19, stk. 2 skal alle oplysninger, der sendes til kunderne, være reelle, klare og ikke-vildledende. Gennemførelsesdirektivets artikel 27 indeholder en række betingelser, der skal være opfyldt for, at oplysninger til detailkunder kan betragtes som reelle, klare og ikke-vildledende.

Oplysningerne må for det første ikke fremhæve potentielle fordele ved en investeringsservice eller et finansielt instrument uden samtidig at indeholde en meddelelse om de relevante risici, jf. artikel 27, stk. 1. Oplysningerne skal gives på en sådan måde, at de kan forventes at blive forstået af de gennemsnitlige medlemmer af den målgruppe, som de er henvendt til, og oplysningerne må ikke tilsløre, mindske eller skjule væsentlige forhold, jf. artikel 27, stk. 2. Foretages der i oplysningerne sammenligninger af investeringsservice, finansielle instrumenter eller investeringsselskaber, indeholder artikel 27, stk. 3 de betingelser, som i den forbindelse skal være opfyldt. Artikel 27, stk. 4 fastlægger de betingelser, som skal være opfyldt, hvis der oplyses om tidligere præstationer for et finansielt instrument eller en investeringsservice, og artikel 27, stk. 6 opregner de betingelser, der skal være opfyldt, hvis der oplyses om fremtidige præstationer. Endelig indeholder artikel 27, stk. 8 et forbud mod at anvende en kompetent myndigheds navn på en sådan måde, at det antydes, at denne myndighed anbefaler eller godkender investeringsselskabets produkter eller tjenester.

Ifølge MiFID-direktivets artikel 19, stk. 3 skal der gives *relevante oplysninger* i forståelig form om investeringsselskabet og dets tjenesteydelser, om handelssystemer, om omkostninger og gebyrer samt om finansielle instrumenter og foreslåede investeringsstrategier, herunder advarsler om de risici, der er forbundet med investering i de pågældende instrumenter eller i forbindelse med investeringsstrategierne. Disse oplysninger skal sætte kunden i

stand til at forstå investeringsservicens og den tilbudte type finansielle instruments art og risici, således at kunden kan træffe sine investeringsbeslutninger på et kvalificeret grundlag. Artikel 28-34 i gennemførelsesdirektivet uddyber kravene til disse oplysninger.

Der stilles blandt andet krav om, at investeringsselskabet informerer sine kunder om, hvilken kundekategori, de er indplaceret i, om adgangen til at anmode om en anden kategorisering, samt om hvilken betydning kategoriseringen har for graden af kundebeskyttelse, jf. artikel 28.

Når der indgås aftale med en detailkunde, skal vedkommende i god tid inden oplyses om vilkårene for aftalen og samtidig have en række oplysninger om investeringsselskabet og dets tjenesteydelser, hvis dette er relevant, jf. artikel 29, stk. 1, jf. artikel 30. Før leveringen af tjenesteydelsen skal detailkunden endvidere have en række oplysninger om omkostninger og dertil knyttede gebyrer og om opbevaring af finansielle instrumenter, jf. artikel 29, stk. 2, jf. artikel 32-33. Visse af de oplysninger, der skal gives til detailkunder vedrørende opbevaring af kundens finansielle instrumenter, skal ligeledes gives til professionelle kunder, inden leveringen af en tjenesteydelse, jf. artikel 29, stk. 3, jf. artikel 32, stk. 5 og 6. Både detailkunder og professionelle kunder skal endvidere i god tid før leveringen af en tjenesteydelse gives en beskrivelse af de finansielle instrumenters art og de hermed forbundne risici. Disse oplysninger skal tilpasses den enkelte kundes status som enten detailkunde eller professionel kunde, jf. artikel 31. Detailkunder skal modtage disse oplysninger inden leveringen af tjenesteydelse, jf. artikel 29, stk. 2. Sker der væsentlige ændringer i de afgivne oplysninger af betydning for den tjenesteydelse, som selskabet leverer til den pågældende kunde, skal kunden oplyses herom, jf. artikel 29, stk. 6.

MiFID-direktivets artikel 19, stk. 4 og 5 indeholder det såkaldte *know your customer-princip*. Når investeringsselskabet yder investeringsservice, skal det således indhente en række oplysninger fra kunderne. Omfanget af oplysninger afhænger af, hvilken type investeringsservice der udøves.

Et investeringsselskab skal, når det yder investeringsrådgivning eller porteføljepleje, indhente oplysninger om kundens kendskab til og erfaring på det relevante investeringsområde, kundens finansielle situation og investeringsmål, jf. artikel 19, stk. 4. Disse oplysninger skal sætte selskabet i stand til at anbefale kunden den investeringsservice og de finansielle instrumenter, der egner sig for den pågældende kunde. I gennemførelsesdirektivets artikel 35 uddybes dette, derved at selskabet gennem oplysningerne fra kunden skal blive i stand til at vurdere og sikre, at den specifikke transaktion opfylder kundens investeringsmål, at den er af en sådan art, at kunden finansielt er i stand til at bære de med handlen forbundne investeringsrisici, samt at den er

af en sådan art, at kunden har den nødvendige erfaring og det nødvendige kendskab til at kunne forstå risiciene ved transaktionen eller porteføljeplejen. Får investeringsselskabet ikke de krævede oplysninger, må det ikke anbefale investeringsservicen eller de finansielle instrumenter til kunden.

Ved udøvelsen af andre investeringsaktiviteter end de, der er omfattet af stk. 4, skal investeringsselskabet skaffe sig de oplysninger om kundens kendskab og erfaring, der sætter selskabet i stand til at vurdere, om den påtænkte service eller det påtænkte produkt er hensigtsmæssigt for kunden, jf. stk. 5. I denne vurdering skal det blandt andet afgøres, hvorvidt kunden har den nødvendige erfaring og viden til at forstå de risici, der er forbundet med det produkt eller den service, der tilbydes eller anmodes om, jf. artikel 36 i gennemførelsesdirektivet. Finder selskabet på grundlag af de indhentede oplysninger, at produktet eller tjenesteydelsen ikke er hensigtsmæssig for kunden, skal vedkommende advares herom.

De oplysninger, der i henhold til artikel 19, stk. 4 og 5 skal indhentes eller udbedes, skal vedrøre de typer tjenester, transaktioner og finansielle instrumenter, som kunden er bekendt med, arten, antallet og hyppigheden af kundens transaktioner med finansielle instrumenter samt kundens uddannelsesniveau og beskæftigelse, jf. gennemførelsesdirektivet artikel 37.

MiFID-direktivets artikel 19, stk. 8 bestemmer, at kunden fra investeringsselskabet skal *modtage fyldestgørende rapporter* om selskabets service omfattende omkostninger i forbindelse med de transaktioner og tjenesteydelser, der er gennemført for kundens regning. Hvis investeringsselskabet på kundens vegne har udført en ordre, som ikke er sket i forbindelse med porteføljepleje, skal det ifølge gennemførelsesdirektivets artikel 40 straks give kunden de væsentlige oplysninger om udførelsen. Udføres ordren for en detailkunde, opregner artikel 40 ligeledes en lang række forhold, som kunden skal underrettes om.

Yder investeringsselskabet porteføljepleje, skal det ifølge artikel 41 i gennemførelsesdirektivet give kunderne periodiske oversigter. Udøves porteføljeplejen for en detailkunde, opstiller artikel 41 en række indholdskrav til den periodiske oversigt, der som udgangspunkt skal gives hver sjette måned. Kravet om fyldestgørende rapporter indebærer også et krav om, at et investeringsselskab, der opbevarer finansielle instrumenter for kunder, årligt skal sende hver kunde en oversigt over de opbevarede instrumenter, jf. gennemførelsesdirektivets artikel 43, der ligeledes opstiller en række indholdskrav til denne oversigt.

#### 4.2.2. *Best execution*

MiFID-direktivets artikel 21 indeholder bestemmelser om investeringsselskabernes pligt til at udføre ordrer på de for kunden gunstigste betingelser – *best execution*. Ifølge artikel 21, stk. 1 skal investeringsselskaberne ved udførelse af modtagne ordrer træffe alle rimelige forholdsregler for at opnå det bedst mulige resultat for deres kunder. Der skal i den forbindelse tages hensyn til pris, omkostninger, hurtighed, gennemførelses- og afregningssandsynlighed, omfang, art og andre forhold, der er relevante for udførelsen af ordren.

Gennemførelsesdirektivets artikel 44, stk. 1 opstiller en række kriterier, som der skal tages hensyn til, når den forholdsmæssige betydning af de nævnte faktorer skal bestemmes. Når et investeringsselskab udfører en ordre på en detailkundes vegne, bestemmes *best execution* ud fra det samlede vederlag. I denne vurdering tages der hensyn til selskabets provisioner og omkostninger ved at udføre ordren gennem det aktuelle handelssystem, jf. artikel 44, stk. 3.

Ifølge artikel 21, stk. 2 skal investeringsselskabet etablere effektive systemer til overholdelse af *best execution*-forpligtelsen, herunder opstille og anvende en *ordreudførelsespolitik*. Kunderne skal ifølge stk. 3 have fyldestgørende oplysninger om selskabets ordreudførelsespolitik, og før levering af tjenesteydelser skal detailkunder endvidere have en række detaljerede oplysninger, jf. gennemførelsesdirektivets artikel 46, stk. 2.

Investeringsselskabet skal årligt tage deres ordreudførelsespolitik op til vurdering for at afgøre, om den fungerer efter hensigten, eller om der er mangler eller forhold, der bør afhjælpes eller ændres. En sådan vurdering skal ligeledes foretages, hvis der indtræffer væsentlige ændringer, der påvirker selskabets mulighed for fortsat konsekvent at opnå det bedst mulige resultat ved udførelsen af kundeordrer ved brug af de handelssystemer, der indgår i ordreudførelsespolitikken, jf. gennemførelsesdirektivets artikel 46, stk. 1.

#### 4.2.3. Regler for behandling af kundeordrer

MiFID-direktivets artikel 22, stk. 1 angiver, at investeringsselskaber, når de udfører ordrer for kunders regning, skal anvende procedurer, der sikrer en øjeblikkelig, redelig og hurtig udførelse af ordrene set i forhold til andre kundeordrer eller investeringsselskabets handelsinteresser. Gennemførelsesdirektivets artikel 47-49 uddyber, hvordan dette krav nærmere skal opfyldes.

Investeringsselskabet skal således sikre, at ordrene registreres og allokeres omgående og nøjagtigt, ligesom der skal træffes foranstaltninger for at sikre, at finansielle instrumenter tilhørende kunden, som investeringsselskabet måtte have modtaget i forbindelse med afregningen af den udførte ordre, omgående og redeligt indsættes på den pågældende kundes konto. Endvidere skal

en detailkunde straks informeres om eventuelle væsentlige problemer med ordredførelsen.

Artikel 48 i gennemførelsesdirektivet opstiller en række betingelser, som skal være opfyldt for, at investeringsselskaber må aggregere kundeordrer eller transaktioner, blandt andet at det skal være usandsynligt, at aggregeringen af ordren eller transaktionen overordnet set vil være til ulempe for nogen kunde, hvis ordrer indgår heri. Artikel 49 indeholder bestemmelser om allokeringen af handler i tilfælde af, at investeringsselskabet har aggregeret transaktioner for egen regning sammen med en eller flere kundeordrer.

#### **4.3. Fra ISD til MiFID – Øget harmonisering, øget investorbeskyttelse?**

Selvom MiFID-direktivet som niveau 1-regulering under Lamfalussy-proceduren er et rammedirektiv, er der næppe tvivl om, at der i forhold til investeringsservicedirektivet er sket en yderligere harmonisering af reguleringen af markederne for finansielle instrumenter. Dette er ikke alene sket ved, at der nu stilles en række indholdsmæssige krav til reguleringen i den nationale regulering i de enkelte medlemsstater, men også derved at anvendelsesområdet for reguleringen er blevet udvidet, præciseret og mere entydigt fastlagt.

Den væsentligste harmonisering af reglerne findes dog på niveau 2.

For det første har Kommissionen gennem anvendelse af en forordning udelukket national implementering og hermed sikret ens regler inden for en række væsentlige områder. Forordning nr. 1287/2006 opstiller regler og krav inden for områderne: Registreringsforpligtelse for investeringsselskaber, indberetning af transaktioner, markedsgennemsigtighed, optagelse af finansielle instrumenter til handel samt definitioner af begreber i MiFID-direktivet. Med denne forordning har man sikret, at de nationale regler inden for MiFIDs område har samme anvendelsesområde, ligesom gennemsigtigheden i markedet i vidt omfang vil være ens.<sup>24</sup>

For det andet opstiller gennemførelsesdirektivet en række detaljerede krav til indholdet af den nationale regulering, som implementerer MiFID-direktivet, og – hvad der i relation til harmonisering af reglerne er centralt – på de områder, som gennemførelsesdirektivet vedrører, er der tale om en fuld harmonisering, idet det i direktivets præmis 7 anføres, at medlemssta-

<sup>24</sup> Inden for andre områder af den finansielle handlingsplan har man ligeledes anvendt forordninger på niveau 2 til at sikre ens regler i medlemslandene, se således forordning nr. 2273/2003 om tilbagekøbsprogrammer, jf. EFT 2003 L 336/33 vedrørende markedsmissbrugsdirektivet, jf. direktiv 2003/6/EF, EFT 2003 L 96/16, og forordning nr. 809/2004 om information, offentliggørelse mv. af prospekter, jf. EFT L 215/3 vedrørende prospektordirektivet, jf. direktiv 2003/71/EF, EFT L 345/64.

terne ikke bør tilføje supplerende bindende regler, når de implementerer og anvender direktivet.<sup>25</sup>

En yderligere harmonisering må forventes gennem de retningslinjer mv., som måtte følge af Lamfalussy-procedurens niveau 3. I denne sammenhæng er det værd at bemærke, at CESR, som er central i relation til niveau 2 og 3, er sammensat af repræsentanter fra de nationale finansielle tilsyn. Den omstændighed, at der typisk vil være sammenfald mellem de personer og myndigheder, som fastlægger reglerne på EU-plan efter Lamfalussy-procedurens niveau 2 og 3, og de nationale regeludstedende myndigheder, må i sig selv antages at have en harmoniserende virkning. Når der i regi af CESR opnås enighed om udfyldende retningslinjer for fortolkningen af direktiver mv., må der antages at være en tendens til, at disse retningslinjer også vil komme til udtryk i den nationale regulering,<sup>26</sup> for dansk rets vedkommende enten i bekendtgørelsesform eller i Finanstilsynets vejledninger.

Investorbeskyttelsen er ligeledes blevet øget med MiFID-direktivet.

I forhold til investeringsservicedirektivet stiller MiFID-direktivet skærpede krav til den måde, hvorpå investeringsselskaberne skal udføre ordrer for deres kunder, hvilket øger beskyttelsen af investorerne. Ligeledes sikrer den egnetheds- og hensigtsmæssighedsvurdering, som investeringsselskabet skal foretage, at der tages (fornødent) hensyn til kundernes forhold.

Med gennemførelsen af MiFID-direktivet vil kunderne modtage flere oplysninger, end de hidtil har gjort, både før aftaleindgåelsen og i forbindelse med handlens udførelse. Formålet hermed er at sætte kunderne i stand til at træffe investeringsbeslutninger på et mere kvalificeret og oplyst grundlag. Isoleret set vil dette øge beskyttelsen af investorerne. De oplysninger, der ifølge direktivet skal gives til kunderne, synes at være både relevante og nødvendige for at kunne beskrive den konkrete investeringsydelse på en nøjagtig, retvisende og udtømmende måde.

Der er imidlertid tale om en stor mængde af informationer, og spørgsmålet er, om man herved reelt øger beskyttelsen af kunderne. I sin hvidbog Politiken for finansielle tjenesteydelser 2005-2010 anfører Kommissionen, at den store informationsmængde, som kunderne skal forelægges, kan forvirre både kunderne og tjenesteudbydere. Ligeledes anføres det i rapporten om målret-

<sup>25</sup> Af præmis 8 følger dog, at det i undtagelsestilfælde bør være muligt at pålægge investeringsselskaberne krav ud over kravene i gennemførelsesbestemmelserne. En tilsvarende præcisering af, om der er tale om minimum- eller fuld harmonisering, findes ikke nødvendigvis i andre direktiver under den finansielle handlingsplan, jf. således i relation til prospektdirektivet *Nis Jul Clausen*, UfR 2005 B 296 ff.

<sup>26</sup> Jf. *Nis Jul Clausen*, Financial Services Action Plan – New Ways and Means in the Regulation of Listed Companies s. 287 og s. 293 i *Ulf Bernitz* (red.), *Modern Company Law in European Economy* (2006).

tet kundeinformation på det finansielle område fra august 2006 – udarbejdet af en arbejdsgruppe under Økonomi- og Erhvervsministeriet og Finanstilsynet – at mængden af information på det finansielle område er et problem, idet kunderne opgiver at sætte sig ind i materialet på grund af omfanget. I relation til MiFID-direktivet er det endvidere paradoksalt nok detailkunderne, der må formodes at have sværest ved at overskue en større mængde information, der skal have flest informationer.

I den danske rapport anbefales det, at informationerne lagdeles. Den mængde af information, der skal fremsendes til kunden, bør reduceres, mens øvrige oplysninger blot bør stilles til rådighed for de kunder, der selv opsøger dem, for eksempel via en hjemmeside. MiFID-direktivet åbner i et vist omfang op for en sådan løsning. En række af de oplysninger, som kunderne skal modtage, kan således enten gives på et varigt medium<sup>27</sup> eller ved hjælp af et websted (når det ikke udgør et varigt medium), jf. gennemførelsesdirektivets artikel 29, stk. 4 og artikel 46, stk. 2. Det drejer sig om de oplysninger, der skal gives i medfør af direktivets artikel 19, stk. 3 (oplysninger om investeringsselskabet, finansielle instrumenter og investeringsstrategier, handelssystemer samt omkostninger) og artikel 21, stk. 3 (ordreudførelsespolitik). Gives oplysningerne ved hjælp af et websted, og er de ikke rettet personligt til kunden, skal en række betingelser dog være opfyldt, jf. nærmere gennemførelsesdirektivets artikel 3, stk. 2.

Med denne lagdeling af informationen sikres det, at de nødvendige oplysninger altid er tilgængelige for kunden, men at vedkommende samtidig ikke overbelastes med information, idet kunden alene får de absolut nødvendige oplysninger direkte tilsendt. Det problem, der ligger i, at de enkelte oplysninger kan være vanskelige at gennemskue og forstå for især en detailkunde, løses imidlertid ikke ved denne lagdeling af informationen.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Ved et varigt medium forstås ifølge gennemførelsesdirektivets artikel 2, stk. 2 ethvert instrument, der sætter kunden i stand til at lagre information, der er rettet til den pågældende personligt på en måde, der giver mulighed for fremtidig henvisning i et tidsrum, der er tilstrækkelig langt til informationsformålet, og som giver mulighed for uændret reproduktion af den lagrede information. I direktiv 2002/65/EF om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrugere, jf. EFT 2002 L 271/16 gives i præambelen en række eksempler på, hvad et varigt medium kan være. Følgende fremgår således af præmis 20: »Varige medier omfatter bl.a. disketter, cd-rom'er, dvd'er, og harddisken på forbrugers computer, hvorpå den elektroniske post lagres. De omfatter ikke internetsteder, medmindre sådanne websteder opfylder kriterierne i definitionen af et varigt medium.«

<sup>28</sup> For investeringsselskaberne vil de skærpede oplysningskrav og krav om udarbejdelse af blandt andet en ordreudførelsespolitik medføre et betydeligt administrativt arbejde. I rapporten om målrettet information betegnes MiFID-direktivet da også som et administrativt tungt direktiv, der hæmmer investeringsselskabernes i deres daglige arbejde. Som

## 5. Implementering i dansk ret

MiFID-direktivet blev implementeret i dansk ret ved lov nr. 108 af 7. februar 2007, som blandt andet medførte ændringer i lov om finansiel virksomhed og i lov om værdipapirhandel m.v.. Lovændringen vil blive fulgt af en række bekendtgørelser<sup>29</sup> og vejledninger fra Finanstilsynet.

### 5.1. Implementering af investorbeskyttelsesreglerne i dansk ret

De fleste af de MiFID-relaterede bestemmelser til beskyttelse af investorerne implementeres i dansk ret på bekendtgørelsesniveau. Desuden vil Finanstilsynet supplere bekendtgørelserne med vejledninger.

Reglerne om god forretningsskik og behandling af kundeordrer implementeres i *bekendtgørelse nr. 212 af 5. marts 2007 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel*, der erstatter kapitel 8 i bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder og visse bestemmelser i bekendtgørelsen om god værdipapirhandelsskik.

Bekendtgørelsen indeholder blandt andet krav om, at værdipapirhandlerne skal opdele deres kunder i kundekategorier, jf. § 4, og en generalklausul vedrørende investorbeskyttelsen, som indebærer, at en værdipapirhandler skal handle redeligt og professionelt, jf. § 5.

Bekendtgørelsen indeholder i § 8 ff. ganske omfattende informationskrav i relation til kunderne. Værdipapirhandlerne skal afhængig af kundekategori give oplysninger til kunderne om værdipapirhandleren, om aftalevilkår og de finansielle produkter og ydelser, som tilbydes. Der skal desuden gives visse prisoplysninger.

Et væsentligt element i bekendtgørelsen er kravet om kend din kunde-princippet, §§ 16-19. Der skal i den forbindelse indhentes en række oplysninger fra kunderne, og værdipapirhandleren skal vurdere produkternes hensigtsmæssighed (hensigtsmæssighedstest) og/eller egnethed (egnethedstest) i forhold til den enkelte kunde.

---

sådant er direktivet i strid med den målsætning, som den danske regering har vedtaget som led i sin vækststrategi. Heraf fremgår, at erhvervslivets administrative byrder skal reduceres med op til 25 % i 2010.

<sup>29</sup> Ved udgangen af april 2007 har Finanstilsynet udstedt bekendtgørelse nr. 212 af 5. marts 2007 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel, bekendtgørelse nr. 213 af 5. marts 2007 om værdipapirhandleres udførelse af ordrer, bekendtgørelse nr. 306 af 26. marts 2007 om indberetning af transaktioner med værdipapirer, samt bekendtgørelse nr. 389 af 26. april 2007 om bindende prisstillelser på aktier samt gennemsigtighed for handel med værdipapirer.



Herudover stilles der krav til indholdet af afregningsnotaen til kunder, jf. § 21, og periodiske oversigter i forbindelse med porteføljepleje, jf. § 22. Endelig er der krav om etablering af forretningsgange hos værdipapirhandlerne i forbindelse med udførelse af kundeordrer og efterlevelse heraf, jf. § 25 og § 26 samt detaljerede krav til behandling af kundeordrer, jf. §§ 27-30.

Bestemmerne om best execution implementeres i *bekendtgørelse nr. 213 af 5. marts 2007 om værdipapirhandlers udførelse af ordrer*, der erstatter reglerne om værdipapirhandlers pligt til best execution i bekendtgørelsen om god værdipapirhandlerskik. Bekendtgørelsen vedrører to emner – kravene til bedste udførelse af ordrer (best execution), jf. § 3, og krav om at værdipapirhandlerne skal have en ordreudførelsespolitik, jf. § 4.

Kravet om best execution indebærer, at værdipapirhandlerne ved udførelsen af modtagne ordrer skal tage hensyn til pris, omkostninger, hurtighed, gennemførelses- og afregningssandsynlighed, samt omfang og art. I forhold til detailkunder bestemmes best execution ud fra det samlede vederlag og omkostningerne i forbindelse med ordrenes udførelse.

Til at understøtte best execution-forpligtelsen skal værdipapirhandlerne opstille en ordreudførelsespolitik, og værdipapirhandlerne skal indhente kundernes forudgående samtykke til ordreudførelsespolitikken.

Endelig er reglerne om gennemsigtighed gennemført ved *bekendtgørelse nr. 389 af 26. april 2007 om bindende prisstillelser på aktier samt gennemsigtighed for handel med værdipapirer*.<sup>30</sup>

## **5.2. Øget harmonisering og investorbekyttelse i dansk ret?**

I forbindelse med implementering i national ret af de enkelte direktiver under den finansielle handlingsplan har medlemsstaterne generelt benyttet forskellige metoder.

En række medlemslande, heriblandt Danmark, har i meget vidt omfang valgt at implementere direktiverne ved en næsten ordret overførsel af direktivteksterne til den nationale regulering. I forhold til Lamfalussy-procedurens ønske om en mere EU-konform implementering af direktiverne indebærer denne form for implementering en – i det mindste formel – korrekt implementering, og spørgsmålet om EU-konformitet vil relatere sig til den efterfølgende anvendelse og håndhævelse af reglerne.

<sup>30</sup> Herudover vil der som følge af MiFID-direktivet blive udstedt en ny bekendtgørelse om de organisatoriske krav til og betingelserne for drift af virksomhed som værdipapirhandlere, og en ny bekendtgørelse om, hvilke fysiske og juridiske personer, der kan udføre tjenesteydelser i forbindelse med værdipapirhandel på erhvervsmæssigt grundlag uden tilladelse efter lov om finansiell virksomhed.

Andre medlemsstater har valgt en anden implementeringsmåde. I det omfang, der er tale om minimumsharmonisering, foretages der en nærmere vurdering af, om der under hensyn til de nationale forhold er behov for at indføre regler, som er mere vidtgående end foreskrevet i direktiverne. I forhold til Lamfalussy-procedurens ønske om EU-konformitet i national ret indebærer denne form for implementering, at konformitetsproblematikken relaterer sig til såvel selve implementeringen, som anvendelse og håndhævelse.

I forbindelse med MiFID-direktivets implementering i dansk ret viser en nærmere analyse af de enkelte bestemmelser i ændringsloven og ikke mindst i bekendtgørelserne, at der i meget høj grad er tale om en loyal og EU-konform implementering. I mange tilfælde er der tale om ordret overførsel af de EU-retlige regler. I relation til MiFID-direktivet kan dette dog begrundes med, at muligheder for nationale særregler er begrænsede, dels som følge af at der på niveau 2 er udstedt en forordning, dels fordi der på de områder, som er berørt i gennemførelsesdirektivet, som udgangspunkt er tale om fuld harmonisering, jf. gennemførelsesdirektivets præmis 7.<sup>31</sup>

I forhold til dansk ret vil graden af harmonisering således i betydelig grad bero på, hvorledes reglerne og kravene vil blive anvendt, fortolket og håndhævet efterfølgende.<sup>32</sup>

Som på EU-plan indebærer implementeringen af MiFID-direktivet i dansk ret en betydelig forøgelse af investorbekyttelsen, herunder som følge af kundekategoriseringen og øgede krav til information af kunderne.<sup>33</sup> Herudover har de øgede krav til værdipapirhandlernes organisation og forretningsgange ligeledes – om end mere indirekte – til formål at øge investorbekyttelsen. Men som følge af at der på en række områder er tale om fuldharmonisering,

<sup>31</sup> Men også selvom sådanne særlige forhold ikke gør sig gældende, har Danmark i forbindelse med implementeringen af de forskellige direktiver generelt valgt en meget EU-konform (næsten ordret overførsel) af bestemmelserne i de direktiver, som er en del af den finansielle handlingsplan. I lovbemærkningerne i forbindelse med implementeringen af markedsmisbrugsdirektivet anføres det eksempelvis, at de foreslåede ændringer »har til formål at bringe fuldstændig overensstemmelse mellem Markedsmisbrugsdirektivet og lovens definition af intern viden.«

<sup>32</sup> I en komparativ analyse af den nationale implementering af Markedsmisbrugsdirektivet i en række europæiske lande (England, Tyskland, Frankrig, Spanien og Holland) konkluderes det, at der er sket en øget harmonisering af reguleringen i de enkelte lande. Men det påpeges samtidig, at der er betydelig risiko for, at denne harmonisering undergraves af de retsanvendende og retshåndhævende organers forskellige fortolkning af centrale begreber i reguleringen, se The British Institute of International and Comparative Law, *Comparative Implementation of EU Directives (I) – Insider Dealing and Market Abuse* (December 2005).

<sup>33</sup> Se nærmere ovenfor under 4.3.

og at man i Danmark har valgt en meget EU konform implementering, er der dog områder, hvor investorbekyttelsen mindskes. Eksempelvis er rådgivningsbegrebet i udkastet til bekendtgørelse om investorbekyttelse snævrere end det gældende rådgivningsbegreb i god skik-bekendtgørelsen for finansielle virksomheder. Investeringsrådgivning vil fremover alene omfatte anbefalinger om transaktioner i specifikke værdipapirer, som gives til kunden personligt. Desuden bliver det muligt at gennemføre kundeordrer uden forudgående rådgivning. I forhold til best execution vil der ikke længere være regler om fast prissætning, hvilket indebærer, at det nugældende krav om, at kunder skal have samme eller bedre pris end prisen på en fondsbørs, hvis der er tale om off-exchange-handler, fjernes. I forhold til detailkunder bliver det samlede vederlag den mest afgørende faktor i relation til best execution.

## 6. Effektiv offentligretlig og privatretlig investorbekyttelse?

Med MiFID-direktivet og det hertil knyttede niveau 2-gennemførelsesdirektiv og forordning nr. 1287/2006 samt den danske lov nr. 108 af 7. februar 2007 med tilknyttede bekendtgørelser er investorbekyttelsen og harmoniseringen inden for MiFIDs område øget betydeligt. Harmoniseringen må forventes at blive forøget yderligere gennem de retningslinjer og vejledninger, som vil følge under niveau 3 af Lamfalussy-proceduren og for dansk rets vedkommende primært gennem Finanstilsynets vejledninger til bekendtgørelserne.

Ved en vurdering af effektiviteten af den således gennemførte styrkelse af investorbekyttelsen og harmoniseringen er retsanvendelsen og retshåndhævelsen central, hvilket da også er baggrunden for niveau 3 og 4 under Lamfalussy proceduren.

For dansk rets vedkommende kan de retsanvendende og retshåndhævende organers tilbøjelighed til at anvende og håndhæve givne regler og dermed effektiviteten af disse set ud fra et investorsynspunkt afhænge af, om reglerne har karakter af offentligretlig eller privatretlig regulering.<sup>34</sup>

I relation til implementering af EU-retlige regler i national ret skal det bemærkes, at sondringen offentlig ret/privatret principielt er et nationalt anliggende.<sup>35</sup> Men medlemsstaterne er naturligvis forpligtede til at sikre, at et di-

<sup>34</sup> Dette synes ikke at være påvirket af det forhold, at der ikke findes en klar og entydig fastlæggelse og afgrænsning af begreberne offentlig ret og privatret. For en drøftelse af de mulige karakteristika ved offentlig ret og privatret, se eksempelvis *Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle (red.)*, To reguleringstraditioner – Om samspillet mellem offentlig ret og privatret (1996) s. 9-24.

<sup>35</sup> Der findes dog enkelte direktivbestemmelser, som forholder sig nærmere til denne problemstilling, se eksempelvis prospektdirektivets artikel 6, stk. 2, hvor det anføres, at medlemsstaterne skal sikre, at deres love og administrative bestemmelser om civilretligt

rektiv bliver implementeret både klart, præcist og loyalt. For dansk rets vedkommende har der kunnet konstateres en vis betænkelighed ved at implementere EU-retlig regulering i privatretten, hvorfor implementeringen i betydeligt omfang er sket i form af offentligretlig regulering.<sup>36</sup>

MiFID-reglerne implementeres i dansk ret ved offentligretlig regulering, men reguleringen af de spørgsmål, der er omfattet af MiFID-direktivet, kan ikke fuldt ud karakteriseres som værende alene af offentligretlig beskaffenhed. Flere af de spørgsmål, der reguleres i reglerne, har på trods af den offentligretlige implementering også privatretlig karakter.

Noget tilsvarende gør sig gældende for reglerne i den nugældende bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder. Ved udstedelsen af bekendtgørelsen i 2003 blev det lagt til grund, at reglerne retligt skulle klassificeres som offentligretlige regler.<sup>37</sup> Dette skete på trods af, at god skik-regler »som sådan ikke er bundet til den ene eller anden retlige etikette.«<sup>38</sup> Af vejledningen til bekendtgørelsen fremgår da også, at manglende overholdelse af bekendtgørelsens bestemmelser vil kunne have afsmittende virkning på visse civilretlige spørgsmål. De retsanvendende og retshåndhævende organers holdning over for blandt andet disse god skik-regler kan give et fingerpeg om hvilken skæbne, der venter de regler, der implementerer MiFID-direktivets bestemmelser om investorbekendtgørelse.

De relevante retsanvendende og retshåndhævende organer i relation hertil er Finanstilsynet, ankenævn inden for det finansielle område og domstolene.

### 6.1. Finanstilsynet

Tilsynet med finansielle virksomheders efterlevelse af bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder indgår som en integreret del af det generelle tilsyn, som Finanstilsynet gennemfører. God skik-inspektionerne gennemføres således som en del af de ordinære undersøgelser.<sup>39</sup> Det undersøges blandt andet, hvordan de finansielle virksomheder sikrer medarbejdernes kendskab til god skik-reglerne, og hvordan bekendtgørelsens informations- og rådgivningsregler efterleves ved kontakten med kunderne. Virksomheder-

---

ansvar finder anvendelse på de personer, der er ansvarlige for oplysningerne i prospekterne.

<sup>36</sup> Se således eksempelvis *Ruth Nielsen*, UfR 2003 B 69 ff. om sondringen mellem privat og offentlig ret ved implementering af direktiver, der krydser den centrale formueret.

<sup>37</sup> Jf. således Vejledning til bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder nr. 9461/2003. Tilsvarende anføres i den nugældende vejledning.

<sup>38</sup> Jf. *Lennart Lynge Andersen og Nina Dietz Legind*, UfR 2005 B 337.

<sup>39</sup> Nærmere om indholdet og resultaterne af Finanstilsynets god skik-inspektioner i 2006, se Finanstilsynets rapport herom offentliggjort på hjemmesiden [www.ftnet.dk](http://www.ftnet.dk).

nes udarbejdelse af skriftlige forretningsgange for området, jf. den nu reviderede § 71-vejledning,<sup>40</sup> undersøges ligeledes.

Det følger blandt andet af § 71-vejledningen for pengeinstitutter, at der skal foreligge skriftlige forretningsgange, der blandt andet beskriver medarbejdernes mulige rådgivningsforpligtelser, herunder omfanget og karakteren af de oplysninger, der skal indhentes for at sikre god rådgivning.

Det må antages, at Finanstilsynets tilsyn med efterlevelsen af god skik-reglerne samt pligten for de omfattede virksomheder til at udarbejde skriftlige forretningsgange mv. vil bidrage til, at de finansielle virksomheder får øget fokus på problemstillingerne. Dette må forventes generelt at øge investorbekyttelsen.

I relation til de regler, der implementeres i dansk ret som følge af MiFID-direktivet, må det på tilsvarende vis, og formentlig med øget styrke som følge af niveau 4 i Lamfalussy-proceduren, forventes, at Finanstilsynets virksomhed generelt vil bidrage til en efterlevelse af reglerne og dermed til en øget beskyttelse af investorerne. Som tilsynsmyndighed har Finanstilsynet dog ikke mulighed for i det konkrete tilfælde at pålægge en finansiell virksomhed at kompensere en investor, som eksempelvis måtte have lidt et tab som følge af en virksomheds tilsidesættelse af de regler, der følger af MiFID-direktivet. Finanstilsynet har ej heller som Forbrugerombudsmanden mulighed for at anlægge sag på vegne af en gruppe investorer, jf. markedsføringslovens § 28, hvorefter Forbrugerombudsmanden efter begæring kan iværksætte et erstatningssøgsmål på vegne af en gruppe forbrugere, hvis en flerhed af forbrugere i forbindelse med overtrædelse af bestemmelser i markedsføringsloven har ensartede krav på erstatning.

## 6.2. Ankenævn

Behandlingen af tvister ved de forskellige finansielle ankenævn er et vigtigt element i beskyttelsen af private kunder, blandt andet fordi sagsbehandling ved ankenævnene er et billigere og hurtigere alternativ til domstolsbehandling. Det er derfor centralt for investorbekyttelsen efter MiFID-direktivet, hvorvidt ankenævnene er villige til at anvende regler, der er klassificeret som offentligretlige, ved afgørelsen af konkrete klagesager. Klager over manglende efterlevelse af MiFID-reglerne vil primært blive indbragt for Pengeinstitutankenævnet og Ankenævnet for Fondsmæglerselskaber.

Pengeinstitutankenævnets kompetence er imidlertid begrænset til formueretlige tvister.<sup>41</sup> I relation til god skik bekendtgørelsen, der som MiFIDs inve-

<sup>40</sup> Vejledning for pengeinstitutter i henhold til lov om finansiell virksomhed § 71, stk. 1, nr. 1-8 af 22. december 2006.

storbeskyttelsesregler i vidt omfang er regler med privatretligt indhold blot iklædt en offentligretlig kappe, synes ankenævnet dog tilbageholdende med at anvende disse regler ved behandlingen af konkrete sager af formueretlig karakter. Se eksempelvis sag nr. 34/2005, hvor ankenævnet afviste at tage stilling til en banks mulige overtrædelse af lov om finansiel virksomhed § 43 og bekendtgørelsen om god skik udstedt med hjemmel heri, med den begrundelse at et sådant spørgsmål afgøres af Finanstilsynet, og således ikke er omfattet af ankenævnets kompetence. Se også sag nr. 141/2004, hvor ankenævnet fandt anledning til at bebrejde det indklagede pengeinstitut, at det ikke havde afslået at medvirke til det risikofyldte investeringsengagement, jf. pkt. 10 i Forbrugerombudsmandens retningslinjer om etik i pengeinstitutternes rådgivning (nu § 13 i bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder). På trods heraf fandtes pengeinstituttet ikke erstatningsansvarlig.<sup>42</sup>

Hvis Pengeinstitutankenævnets tilbageholdenhed med hensyn til at anvende offentligretlige regler i forbindelse med sine afgørelser også vil gøre sig gældende med hensyn til de MiFID-baserede regler, vil beskyttelsen af den enkelte investor i den konkrete sag være begrænset.

### 6.3. Domstolene

Domstolenes kompetence er ikke som Pengeinstitutankenævnets begrænset til formueretlige problemstillinger, og der findes en lang række situationer, hvor domstolene har tillagt overtrædelse af offentligretlige regler betydning i forhold til en civilretlig problemstilling. Samspillet mellem offentligretlig og privatretlig regulering har således betydning inden for erstatningsretten, hvor tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter er tillagt betydning ved culpabedømmelsen.<sup>43</sup> På tilsvarende vis kan tilsidesættelsen af offentligretlige regler, som eksempelvis markedsføringslovens regler eller den finansielle lovgivning,<sup>44</sup> være central i forbindelse med vurderingen af, om en aftale helt eller delvis skal tilsidesættes som værende urimelig eller stridende mod redelig handlemåde, jf. aftalelovens § 36. Fra det finansielle område, se eksempelvis UfR 1987.699 V (det daværende bank- og sparekassetilsyn

---

<sup>41</sup> Se eksempelvis sag nr. 261/2006 vedrørende muligt brud på tavshedspligten. Pengeinstitutankenævnet afviste at behandle sagen med henvisning til, at klagen ikke vedrørte en formueretlig tvist, og nævnet henviste til, at der var tale om eventuel manglende overholdelse af god skik-bekendtgørelsen, hvorfor spørgsmålet kunne rejses over for Finanstilsynet.

<sup>42</sup> Jf. nærmere, *Lennart Lynge Andersen og Nina Dietz Legind*, UfR 2005 B 337.

<sup>43</sup> Se således, *Bo von Eyben og Helle Isager*, *Lærebog i erstatningsret*, 5. udg. (2003) s. 62 ff.

<sup>44</sup> Jf. nærmere eksempelvis, *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen*, *Aftaler og mellemænd*, 5. udg. (2006) s. 217 ff. og 242 ff.

havde fastslået, at en fastsat rentesats ikke var overensstemmende med god bank- og sparekasseskik), UfR 1996.120 SH (en erhvervsdrivende blev tilkendt erstatning på grund af et pengeinstituts handlinger, som var i strid med bank- og sparekasselovens krav om redelig forretningsskik og god pengeinstitutpraksis), samt UfR 2005.1978 H, hvor blandt andet en banks overtrædelse af de offentligretlige solvensregler medførte, at nogle tegningsaftaler vedrørende obligationer kunne tilsidesættes efter aftalelovens § 36.<sup>45</sup>

På baggrund af denne retspraksis kan der næppe være tvivl om, at danske domstole vil tillægge de MiFID-baserede danske regler af offentligretlig karakter betydning for aftaleretlige eller erstatningsretlige retskonflikter af betydning for den konkrete civilretlige beskyttelse af investorerne.

## 7. Sammenfatning

Indholdet og detaljeringsgraden i MiFID-direktivet og gennemførelsesforskrifterne under niveau 2 af Lamfalussy-proceduren har betydet, at der på EU-plan og i forhold til den hidtidige regulering efter investeringsservicedirektivet er sket en betydelig harmonisering af reglerne, og investorbeskyttelsen er øget væsentligt. Harmoniseringen af reguleringen styrkes yderligere af, at man med hensyn til gennemførelsesforskrifterne har valgt at udstede en forordning, samt at der på de områder, der er omfattet af gennemførelsesdirektivet, som udgangspunkt er tale om fuld harmonisering. Medlemsstaternes muligheder for at fastsætte nationale særregler er således begrænsede.

For dansk rets vedkommende er implementeringen sket i offentligretligt regi ved lov nr. 108 af 7. februar 2007 og de dertil knyttede bekendtgørelser. Der er tale om en meget MiFID-konform implementering på de områder, som direktivet vedrører, og i forhold til tidligere danske regler er investorbeskyttelsen øget.

Effektiviteten af investorbeskyttelsen generelt såvel som konkret i forhold til den enkelte investor vil dog i høj grad afhænge af, hvorledes de relevante myndigheder mv. vil anvende og håndhæve reglerne. I denne sammenhæng kan det få betydning, at implementeringen er sket i form af offentligretlig regulering.

Blandt andet, men ikke udelukkende som følge af den øgede fokus på retshåndhævelsen i EU-regi, må et øget og mere effektivt tilsyn med de finansiel-

<sup>45</sup> Der findes ligeledes eksempler på, at retlige standarder, branchekodeks og andre ikke lovbaserede retningslinjer inden for det finansielle område er blevet tillagt betydning i relation til ugyldighedsvurderingen i relation til aftalelovens § 36, se eksempelvis UfR 1980.917 V, hvor Assurandør Societetets henstilling til sine medlemmer blev tillagt afgørende betydning. Se desuden, *Sten Bønsing*, Brancheregler og branchepoces (2001) s. 33 ff.

le virksomheders overholdelse af den finansielle lovgivning fra Finanstilsynets side forventes. Dette øgede fokus på efterlevelse af regler om god skik, forretningsgange mv. må i sig selv – om end indirekte og generelt – antages at medvirke til en øget beskyttelse af investorerne.

Pengeinstitutankenævnet har hidtil været tilbageholdende med at tillægge den offentligretlige regulering betydning ved afgørelse af formueretlige tvister forelagt nævnet. Overføres dette til MiFID-reguleringen, hvilket må antages, vil den enkelte investors beskyttelse gennem nævnets praksis være begrænset med den virkning, at den private investor ikke opnår den tilsigtede lettere adgang til at få afgjort en retskonflikt, som ankenævnsbehandlingen skulle tilsikre.

Derimod vil den enkelte investor, uanset kundekategori, ved domstolene kunne basere et civilretligt krav om eksempelvis erstatning for forkert rådgivning eller hel eller delvis tilsidesættelse af en aftale som urimelig på, at den finansielle virksomhed har tilsidesat de MiFID-baserede regler. Ved en sådan civilretlig vurdering vil domstolene tillægge den offentligretlige regulering betydning.



# Sundhedspersoners ansvar og sygehusmyndigheders styringsbeføjelser

af

*Kent Kristensen*

## 1. Indledning

Sundhedspersoners ansvar kan beskrives i forhold til patienten, de arbejdsretlige sammenhænge, sundhedspersonen indgår i, eller i forhold til den offentlige forvaltning. Udgangspunktet i denne artikel er forholdet mellem sundhedspersoners ansvar og sygehusmyndigheders styringsbeføjelser.

Autoriserede sundhedspersoner har efter autorisationslovens § 17, stk. 1, pligt til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed.<sup>1</sup> Autorisationsansvaret er et ansvar, sundhedspersonen bærer som privatperson uafhængigt af ansættelsesforholdet. Autorisationsloven har imidlertid også betydning for sygehusmyndigheders pligter efter regionsloven<sup>2</sup> og sundhedsloven.<sup>3</sup> Sygehusmyndighederne har det overordnede ansvar for at tilvejebringe en planlægning og organisering af sygehusydelse. Det sker i form af interne regler og aftaler, hvor sygehusmyndigheden konkretiserer ydelserne i overensstemmelse med det almindelige retlige hierarki. De fleste beslutninger vedrørende den nærmere tilrettelæggelse og organisering af sygehusdriften berører grundlaget for den sundhedsfaglige virksomhed. Dermed opstår der situationer, hvor sygehusmyndighedens beslutninger også skal bedømmes efter autorisationsloven.

I artiklen belyses de retlige grænser for sygehusmyndigheders styringsbeføjelser. Grænserne fastlægges på baggrund af de sundhedsfaglige pligter og

<sup>1</sup> Lov nr. 451 af 22. maj 2006 om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed. Tidligere fandtes reguleringen af sundhedspersoners faglige adfærd i 14 enkeltstående autorisationslove og i lov om sundhedsvæsenets centralstyrelse. Fra 1. januar 2007 er de tidligere 14 autorisationslove samlet i lov om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed. Loven viderefører med enkelte undtagelser i alt væsentligt sundhedspersoners tidligere retsstilling.

<sup>2</sup> Lov nr. 537 af 24. juni 2005 om regioner og om nedlæggelse af amtskommunerne, Hovedstadens Udviklingsråd og Hovedstadens Sygehusfællesskab.

<sup>3</sup> Lov nr. 546 af 24. juni 2005 om sundhedsloven.

normer, der kan udledes af autorisationsloven. Artiklen indledes med en afgrænsning af begreberne sundhedsperson og sygehusmyndighed. Dernæst beskrives sundhedspersoners autorisationsansvar og endelig undersøges det, om autorisationsansvaret udgør en retlig begrænsning i sygehusmyndigheders styringsbeføjelser.

## 2. Sundhedspersoner

Autorisationsloven omfatter alle autoriserede sundhedspersoner. De enkelte autorisationsordninger er uddannelsesautorisationer, hvor den pågældende uddannelsesinstitution indstiller de personer, der har gennemført uddannelsen til autorisation.<sup>4</sup> Det er i autorisationsloven udtrykkeligt opregnet, hvilke uddannelser, der giver adgang til autorisation. Den kreds af personer, der er omfattet af autorisationsloven, giver derfor ikke anledning til afgrænsningsproblemer. Det gælder imidlertid ikke sundhedspersoners virksomhedsområde.

Autorisationsansvaret er, jf. § 17, stk. 1, begrænset til sundhedspersonens virksomhed. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med den virksomhed, sundhedspersonen udøver i sin egenskab af autoriseret sundhedsperson og som forudsætter en sundhedspersons kvalifikationer. Det vil først og fremmest sige den patientrelaterede behandling og pleje. Det følger af bestemmelsens formulering, at virksomhedsområdet skal fortolkes bredt. Handlinger, der har naturlig tilknytning og sammenhæng til den patientrelaterede behandling og pleje, er således også omfattet. Det gælder for eksempel undervisning, supervision og vejledning af andre sundhedspersoner. Tilsvarende gælder for de sundhedspersoner, som udfører administrative funktioner, som ikke direkte vedrører patientbehandling, men som har en naturlig tilknytning til behandlingen. Eksempelvis omfatter sygeplejerskers virksomhedsområde i bemærkningerne til autorisationsloven udover behandlende og plejende opgaver også: vurdering, planlægning, udførelse, dokumentation og evaluering af sygeplejen, planlægnings- og koordineringsopgaver i relation til afvikling af undersøgelses- og behandlingsprogrammer, kvalitetsudvikling og kvalitetssikring af den faglige indsats, samt generel udvikling af faget.<sup>5</sup>

Den brede beskrivelse af virksomhedsområdet indebærer, at udarbejdelse af kliniske instrukser vedrørende patientbehandlingen, stillings- og funktionsbeskrivelse for det sundhedsfaglige personale og retningslinjer for tilrettelæggelsen af patientforløb i almindelighed må antages at være omfattet af autorisationslovens ansvarsbestemmelser. Det er imidlertid ikke enhver virksomhed, der er omfattet. Administrative funktioner uden tilknytning til syg-

<sup>4</sup> Autorisationsloven, § 2, stk. 1.

<sup>5</sup> FT 2005-06, tillæg A, bemærkningerne til § 54.

domsbehandlingen falder udenfor. Hvor langt ud, man går ad den administrative skala, må bero på et konkret skøn i det enkelte tilfælde. Det er almindeligt antaget, at læger, der fungerer som konsulenter i de kommunale forvaltninger og afgiver udtalelse i pensions- og revalideringssager, ikke er omfattet.<sup>6</sup> Tilsvarende gælder for sygeplejersker, fysio- og ergoterapeuter, der arbejder som patientvejledere eller som visiterer til omsorgsydelser efter servicelovens bestemmelser. Den brede fortolkning af virksomhedsområdet indebærer, at flere af de administrative og ledelsesmæssige beføjelser, afdelingsledelserne og sygehusledelserne er tillagt, er omfattet af autorisationsloven.

### 3. Sygehusmyndigheder

Autoriserede sundhedspersoner er foruden autorisationsansvaret omfattet af et tjenesteansvar. For offentligt ansatte kommer tjenesteansvaret til udtryk i straffelovens § 156, hvorefter den, som virker i offentlig tjeneste eller hverv, kan straffes for at undlade at efterkomme en lovlige tjenstlig befaling.<sup>7</sup>

Regionsloven er den grundlæggende lov om fordeling af kompetencer vedrørende regionale forhold. Regionsrådet varetager efter regionslovens § 5, stk. 1, sygehusvæsenets opgaver og tilvejebringer tilbud om behandling hos praktiserende sundhedspersoner, herunder opgaver, der ligger i naturlig tilknytning til regionens opgaver på sundhedsområdet. Regionsrådet er som den øverste sygehusmyndighed tillagt den overordnede kompetence for hele den regionale organisation. Regionsrådet er et kollegialt organ og har instruktionsbeføjelser over for forretningsudvalget og formanden for regionsrådet. Regionsloven omtaler kun forudsætningsvis det ansatte personale. Regionsrådet drager, jf. § 13, stk. 8, omsorg for indretningen af den regionale administration og fastsætter regler om ansættelse og afskedigelse af regionalt personale. Den regionale forvaltning og regionens sygehuse har i regionsloven ingen selvstændig kompetence, heller ikke selv om det ud fra sagernes antal og karakter er klart, at hverken regionsrådet eller forretningsudvalget kan træffe beslutninger i alle forhold vedrørende den regionale organisation. Instruktionsbeføjelserne følger det interne hierarki og indebærer, at regionsrådet er overordnet sygehusledelserne og de enkelte afdelingsledelser. Regionsrådet kan instruere den regionale organisation både generelt og konkret vedrørende såvel formelle som materielle spørgsmål. I praksis har de enkelte sygehusledelser på regionens sygehuse og sygehusets afdelingsledelser stor selvstændighed i tilrettelæggelsen af den daglige drift. Regionsrådet vil således kun

<sup>6</sup> *Michael von Magnus og Anna Murphy: Lægeloven med kommentarer, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004, s. 69.*

<sup>7</sup> Jf. Lovbekendtgørelse nr. 909 af 27. september 2005.

sjældent gribe ind i den daglige tilrettelæggelse og udførelse af arbejdet. Der-til kommer, at den nærmere tilrettelæggelse og organisering af driften ofte forudsætter en fagkundskab, som regionsrådet ikke umiddelbart besidder.

#### 4. Sundhedspersoners ansvar

Sundhedspersoners ansvar følger af autorisationsloven, hvor der er fastsat mere detaljerede bestemmelser om sundhedspersoners pligter og rettigheder.

Den, der er autoriseret, har i kraft af sin autorisation bemyndigelse til at udøve en bestemt virksomhed. Der er i autorisationsloven en række fællesbestemmelser, som omfatter alle autoriserede sundhedspersoner. Pligten til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed er en pligt, der omfatter alle autoriserede sundhedspersoner. Derudover er der særlige regler, som kun gælder for de enkelte autorisationsordninger. For eksempel har læger pligt til at yde den påtrængende nødvendige lægehjælp, jf. 42, stk. 1. Blandt rettighederne kan nævnes lægers og tandlægers ordination af afhængighedsskabende medicin, jf. § 41, stk. 1 og § 51, stk. 1, og jordemødres ret til at behandle med visse typer af medicin, jf. cirkulære om jordemodervirksomhed.<sup>8</sup>

##### 4.1. Omhu og samvittighedsfuldhed

Sundhedspersoner har efter autorisationslovens § 17, stk. 1, pligt til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed under udøvelsen af sin virksomhed. Bestemmelsen er udtryk for en retsstandard, som over tid udfyldes i overensstemmelse med retspraksis og normerne for, hvad der inden for de enkelte professioner anses for omhyggelig og samvittighedsfuld sundhedsfaglig virksomhed.<sup>9</sup> Pligten omfatter alle autoriserede sundhedspersoner, men kravene til, hvad der anses for omhyggelig og samvittighedsfuld virksomhed, er forskellige inden for de enkelte professioner. Uanset kravet om samvittighedsfuldhed er formuleret enslydende for de enkelte professioner, bedømmes en sygeplejerske ikke efter samme målestok som en jordemoder, fysioterapeut eller radiograf. Pligten til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed indebærer, at sundhedspersonen skal handle i overensstemmelse med den til enhver tid almindeligt anerkendte faglige standard på området. Indholdet i den enkelte professionsuddannelse, og hvad der inden for den enkelte profession opfattes som almindeligt anerkendt faglig standard, er med til at fastsætte standarden for, hvad der opfattes som omhu og samvittighedsfuldhed.

Kravet om omhu og samvittighedsfuldhed vedrører som ovenfor anført hele sundhedspersonens virke, dvs. ikke kun den direkte patientrelaterede syg-

<sup>8</sup> Cirkulære nr. 206 af 1. oktober 1976 om jordemodervirksomhed.

<sup>9</sup> *Michael von Magnus og Anna Murphy: Lægeloven med kommentarer, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004, s. 70.*

domsbehandling men f.eks. også sygeplejerskens observation af patienterne, råd og vejledning til kolleger, udarbejdelse af kliniske instrukser for patientbehandlingen samt information og vejledning til patienterne under indlæggelsen. Pligten til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed indebærer tillige et selvstændigt ansvar for at sige fra over for opgaver, som sundhedspersonen ikke mener sig i stand til at løse forsvarligt.<sup>10</sup>

En sundhedsperson, der gør sig skyldig i grovere eller gentagen forsømmelse eller skødesløshed i udøvelsen af sin virksomhed, straffes, jf. autorisationslovens § 75 med bøde eller hæfte.<sup>11</sup>

#### **4.2. Titelbeskyttelse og beskyttelse af virksomhedsområde**

Autorisationsloven skal ses som en beskyttelse af den enkelte patient mod fejl ved at tildele sundhedspersonen et formelt behandlingsansvar.

Beskyttelseshensynet har været det bærende hensyn i overvejelserne om i en autorisationslov at indføre begrænsninger i retten til at behandle syge. Begrænsningerne i behandlingsretten bygger på en afvejning mellem et hensyn til at beskytte patienter mod tab af sundhed og førlighed og en ret for patienten til frit at kunne søge behandling, hvor som helst de bedst mener at kunne finde den. Lægelovskommissionen, som udarbejdede det første udkast til en egentlig autorisationsordning, behandler indgående spørgsmålet om andre end lægers adgang til at behandle syge.

»Det forhold, at det her drejer sig om et af Menneskets dyrebareste Goder, Helbredet, fører vel på den ene Side til Kravet om en effektiv Beskyttelse, men gør det på den anden Side også paakrævet, at Lovgivningen, *hvor det kan ske uden væsentlige Skaar i Beskyttelsens Effektivitet*, stiller sig forstående over dette, at Mennesker søger Hjælpen, hvor som helst de mener bedst at kunne finde den; og denne Forstaaelse bør vises, uanset om der er mere eller mindre Fornuft i, hvad Folk i den Retning foretager sig. Hvis man paa dette Omraade træffer Foranstaltninger, der er mere rigoristiske end strengt nødvendigt, og man derved rammer Personer, til hvem maaske mange Mennesker paa vedkommende Egn – med eller uden vir-

<sup>10</sup> Kent Kristensen: Sundhedsjura, 2. udg. Gads Forlag 2007, s. 180.

<sup>11</sup> Tidligere kunne sygeplejersken som den eneste af de autoriserede sundhedspersoner straffes i forhold til den generelle pligt til at udvise omhu eller samvittighedsfuldhed. Sygeplejersker kunne således som de eneste af de autoriserede sundhedspersoner gøres strafansvarlige for simpel uagtsomhed. Folketinget ophævede i 2004 den daværende bestemmelse i sygeplejerskelovens § 10, stk. 2, så straffebestemmelserne i lov om sygeplejersker blev bragt i overensstemmelse med de øvrige autorisationslove. Lov nr. 69 af 4. februar 2004 om ændring af forskellige love på Indenrigs- og Sundhedsministeriets område (afskaffelse af hæftestraf samt ændring af uddannelseskraav i autorisationslove vedrørende sundhedspersoner m.v.)

kelig Grund – føler, at de staar i Taknemlighedsgæld, vil det være egnet til at skabe 'Martyrer' og derved virke modsat Hensigten.«<sup>12</sup>

Lægelovskommissionens overvejelser mandede ud i en principiel fri behandlingsret, hvor enhver kan tage syge i behandling. Bestemmelserne i den daværende lægelov er videreført stort set uændret i autorisationsloven.<sup>13</sup>

Den frie behandlingsret betyder dog ikke, at der er fuldstændig frihed for enhver til at tage syge i behandling for hvad som helst. Den frie behandlingsret er i autorisationsloven fulgt op af en strafbestemmelse, jf. § 87, stk. 1, hvorefter den, der uden autorisation tager syge i behandling, ikke i den forbindelse må udsætte nogens helbred for påviselig fare. Derudover er der i autorisationsloven generelle begrænsninger, hvor det er forbudt andre end autoriserede sundhedspersoner at behandle visse sygdomme og at udføre visse former for behandling.

#### **4.3. Begrænsninger i behandlingsretten**

For sygeplejersker, bioanalytikere, radiografer, ergo- og fysioterapeuter, kliniske diætister, bandagister og fodterapeuter omfatter autorisationen fagbetegnelsen, men giver ikke sundhedspersonen eneret til virksomhedsområdet. Autorisationsloven forhindrer derfor ikke andre end sygeplejersker eller fysioterapeuter i at udføre sygepleje eller fysioterapi, blot de ikke anvender betegnelsen sygeplejerske eller fysioterapeut. For læger, tandlæger, kiropraktorer, jordemødre, kliniske tandteknikere, optikere og kontaktlinseoptikere og tandplejere omfatter autorisationen også virksomhedsområdet. Kun den, der har autorisation som f.eks. jordemoder, er berettiget til at udøve virksomhed som jordemoder og til at betegne sig som jordemoder.<sup>14</sup> Jordemødrenes virk-

<sup>12</sup> Lægelovskommissionens betænkning. Betænkning afgivet af kommissionen angaaende lægers retsstilling, 1931, s.16.

<sup>13</sup> Nåleakupunkturbehandling blev tidligere opfattet som et kirurgisk indgreb forbeholdt læger, men er, jf. autorisationslovens § 74, stk. 3, undtaget fra de lægeforbeholdte behandlingsmetoder.

<sup>14</sup> Tidligere var også sygeplejerskers virksomhedsområde beskyttet af en eneret, jf. lov om sygeplejersker § 1, lovbekendtgørelse nr. 759 af 14. november 1990. Det var ikke nærmere defineret, hvad der mentes med virksomhed som sygeplejerske, og der var i loven ikke fastlagt funktioner, som forudsatte, at de blev udført af en sygeplejerske. Tværtimod var der en negativ afgrænsning, jf. bestemmelsen i § 5, stk. 2, hvorefter en sygeplejerske ikke måtte ændre den af en læge ordinerede behandling. Eneretten til at udøve sygeplejerskevirksomhed udelukkede således ikke andre fra at udøve sygepleje. Selv om det i loven var forudsat, at sygeplejersker havde et beskyttet virksomhedsområde, var det på den baggrund i praksis antaget, at der ikke fandtes sådanne sygeplejerskeforbeholdte opgaver.

somhedsområde er nærmere beskrevet i autorisationsloven. Ud over konstatering af svangerskab omfatter jordemodervirksomhed forebyggende helbredsmæssige undersøgelser under svangerskab, herunder behovsundersøgelse og undersøgelser med henblik på at diagnosticere risikosvangerskab samt fødselshjælp til den fødende og barnet under spontant forløbende fødsler.<sup>15</sup> Den brede formulering indebærer, at hele jordemoderens virksomhedsområde er forbeholdt jordemødre. Det lægeforbeholdte virksomhedsområde omfatter i modsætning til jordemødrenes virksomhedsområde kun dele af den lægefaglige virksomhed. Der opregnes i autorisationslovens § 74, stk. 1, en række sygdomme, hvor behandlingen er forbeholdt læger. Bestemmelsen omfatter seksuelt overførte sygdomme i smittefarligt stadium, tuberkulose eller anden smitsom sygdom som fx kolera, kopper og ebola omfattet af epidemiloven. Bestemmelsen i § 74, stk. 2, opregner en række behandlingsmetoder, som er forbeholdt læger. Det lægeforbeholdte område omfatter operative indgreb, fuldstændig eller lokal bedøvelse, fødselshjælp, behandling med receptpligtige lægemidler, røntgen- og radiumbehandling og behandling med visse elektriske apparater.<sup>16</sup>

På enkelte områder er forholdet til andre autorisationsgrupper reguleret i autorisationsloven. Fødselshjælp er forbeholdt en jordemoder, jf. § 55, stk. 3, men det fremgår samtidig udtrykkeligt af autorisationsloven, at forbeholdet ikke afskærer en læge fra at yde fødselshjælp, jf. § 55, stk. 6. Tilsvarende regulerer autorisationsloven forholdet mellem kiropraktorer, læger og fysioterapeuter. Ret til at udøve kiropraktorvirksomhed har kun den, der har autorisation som kiropraktor.<sup>17</sup> Forbeholdet omfatter imidlertid ikke læger og fysioterapeuter, jf. § 52, stk. 6. En læge eller fysioterapeut kan herefter uanset virksomhedsforbeholdet udføre kiropraktorvirksomhed. Læger og fysioterapeuter kan herefter selvstændigt og uden delegation udføre opgaver omfattet af kiropraktorenes beskyttede virksomhedsområde.

#### 4.4. Delegation

Sundhedspersoners pligt til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed omfatter efter autorisationsloven også § 17, stk. 1, tillige benyttelsen af medhjælp.

Bestemmelsen er en videreførelse af lægelovens § 6, stk. 1, hvorefter læger kunne anvende den medhjælp, de skønnede egnet. Det fremgår af Lægelovskommissionens bemærkninger til den daværende lægelov, at bestemmel-

<sup>15</sup> Autorisationsloven, § 55, stk. 4.

<sup>16</sup> Autorisationsloven, § 74, stk. 1-3.

<sup>17</sup> Autorisationsloven, § 52, stk. 4. Kiropraktorvirksomhed omfatter diagnostik, forebyggelse og kiropraktisk behandling af biomekaniske funktionsforstyrrelser i rygsøjle, bækken og ekstremiteter.

sen omfatter den medhjælp, lægen benytter, og for hvis udvælgelse og instruktion lægen har ansvaret.<sup>18</sup> Det følger heraf, at der skal skelnes mellem de situationer, hvor sundhedspersonen er ansvarlig for benyttelse af medhjælp og de situationer, hvor sundhedspersonen samarbejder med en, som er ansat til at udføre opgaver forbeholdt andre professioner.

Den, der benytter medhjælp, har ansvar for, at medhjælpen er tilstrækkeligt instrueret og i øvrigt har de nødvendige kvalifikationer til at udføre opgaven forsvarligt. Hvorvidt der foreligger et medhjælpsforhold, beror på en fortolkning af den konkrete situation, herunder omfanget og karakteren af sundhedspersonens instruktion og tilsyn med medhjælpen.<sup>19</sup> En sundhedsperson kan som udgangspunkt delegere en hvilken som helst opgave, uanset opgavens karakter og omfang, til en medhjælp.<sup>20</sup> Medhjælpen kan være autoriseret men behøver ikke være det. Er der tale om opgaver forbeholdt den enkelte profession, kan disse kun varetages af andre efter delegation. Der foreligger ikke delegation i de tilfælde, hvor sundhedspersonen kan løse opgaverne selvstændigt på baggrund af sin generelle parathed fra uddannelsen. Tilsvarende er der ikke tale om delegation, når en læge eller fysioterapeut udfører opgaver omfattet af en kiropraktors virksomhedsområde.

En sundhedsperson kan i almindelighed gå ud fra, at det personale der er ansat til at varetage bestemte funktioner, har de nødvendige kvalifikationer. En kirurg kan således i almindelighed gå ud fra, at den anæstesisygeplejerske, der er ansat til at assistere under en operation, har de nødvendige kvalifikationer til at kunne udføre opgaven fagligt forsvarligt. Den, der har ansættelseskompetencen, har også ansvaret for, at den, der er ansat som medhjælp, er kvalificeret og tilstrækkeligt instrueret til at udføre de opgaver, vedkommende er ansat til.

Muligheden for internt at delegere opgaver kræver ikke lovhjemmel og er normalt ikke reguleret i lovgivningen. Bortset fra læger og tandlæger har benyttelsen af medhjælp ikke tidligere været reguleret i lovgivningen.<sup>21</sup> Hensynet til en smidig arbejdsgang har skabt en fast praksis for adgangen til at delegere opgaver til andre.<sup>22</sup> Hvilke opgaver, der lovligt kan delegeres til andre,

<sup>18</sup> Lægelovskommissionens betænkning, s. 79

<sup>19</sup> Lægeloven med kommentarer, s. 72.

<sup>20</sup> Vejledning nr. 9429 af 30. juni 2006 om ordination og håndtering af lægemidler.

<sup>21</sup> Tandlægers benyttelse af medhjælp var tidligere begrænset jf. bekendtgørelse nr. 353 af 16. maj 2001 om afgrænsning af kliniske tandteknikers virksomhedsområde og bekendtgørelse nr. 1283 af 20. december 1996 om afgrænsning af tandplejers virksomhedsområde.

<sup>22</sup> *Jørgen Albæk Jensen: Forvaltningsret almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 23-31.*



beror på en vurdering efter de almindelige kriterier, der har udviklet sig i praksis. Grænserne for, hvilke opgaver der kan uddelegeres, bestemmes af især tre forhold: Om der i lovgivningen er forbud mod delegation, om den, der delegeres til, har de faglige forudsætninger for at løse opgaven, og om opgaven er egnet til at blive løst ved delegation, herunder muligheden for at søge råd og vejledning.<sup>23</sup>

Der er opgaver, hvor det i den særlige lovgivning er forudsat, at de løses af en bestemt sundhedsperson. Det fremgår af sundhedslovens regler om transplantation, at udtagelse af væv kun kan foretages af læger ansat på offentlige sygehuse,<sup>24</sup> og at kun læger på offentlige sygehuse kan foretage abortindgreb efter udløbet af 12. svangerskabsuge.<sup>25</sup> Ligsyn og udstedelse af dødsattester er efter samme lov alene forbeholdt læger.<sup>26</sup> Tilsvarende skal de fleste beslutninger vedrørende tvangsanvendelse i psykiatriloven træffes af en læge, og endelig er der i lovgivningen krav om, at recepter til indløsning på apotek udfærdiges af en læge eller tandlæge.<sup>27</sup>

Delegation skal være forsvarlig. Den delegerende sundhedsperson har ansvaret for, at medhjælpen er tilstrækkelig instrueret og kvalificeret. Den, der har fået tildelt bestemte behandlingsopgaver, har selvstændigt ansvar for den behandling, vedkommende udfører. Det forhold, at der er tale om behandling, der ikke sædvanligvis hører til sundhedspersonens opgaver, friholder ikke for ansvar.

Opgaverne skal være egnet til at blive udført ved delegation. Muligheden for at føre tilsyn med medhjælpen og for medhjælpen til at søge råd og vejledning har betydning for omfanget af delegationen. Det vil på den baggrund være betænkeligt eksempelvis at bemyndige en medhjælp til selvstændigt at behandle med receptpligtig medicin på institutioner, hvor der ikke er tilknyttet en fast læge.<sup>28</sup>

Den nærmere adgang til at anvende medhjælp har givet anledning til usikkerhed. Usikkerheden har især knyttet sig til, hvorvidt en sundhedsperson *generelt* kan bemyndige en medhjælp til at foretage virksomhedsforbeholdte opgaver.<sup>29</sup> De konkrete sager, der har været forelagt for domstolene, har især

<sup>23</sup> *Karsten Loiborg*: Forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002, s. 148.

<sup>24</sup> Sundhedsloven, §§ 52 og 53.

<sup>25</sup> Sundhedsloven, § 101.

<sup>26</sup> Sundhedsloven, §§ 178 og 182.

<sup>27</sup> Bekendtgørelse nr. 1221 af 7. december 2005 om recepter, § 1.

<sup>28</sup> *Kent Kristensen*: Sundhedsjura, 2. udg. Gads Forlag, 2007, s. 198.

<sup>29</sup> Sundhedsstyrelsen har tidligere forudsat, at enhver delegation forudsætter, at patienten forinden er tilset af en læge, jf. Sundhedsstyrelsens cirkulæreskrivelse af 18. januar 1990 og vejledning nr. 15005 af 6. februar 1998 om medicinadministration og patienters selvadministration af medicin m.v. Domstolene har imidlertid ikke konsekvent lagt Sund-

været om lægers samarbejde med akupunktører. Spørgsmålet har imidlertid stor principiel betydning for samarbejdet mellem de enkelte professioner og for sygehusmyndighedernes muligheder for at tilrettelægge sygehusdriften.

Landsretten tog i U 1986.624 stilling til, hvorvidt der i den daværende lægelov var hjemmel til, at en læge generelt bemyndigede en akupunktør som medhjælp til at udføre akupunkturbehandling. Akupunkturbehandling var i den daværende lægelov defineret som et operativt indgreb forbeholdt læger. Landsretten frifandt lægen for straf for samarbejdet om akupunkturbehandling. Til grund for dommen lagde landsretten, at akupunktøren havde de fornødne kvalifikationer, og at lægen løbende førte tilsyn med behandlingen.

Det fremgik af sagen, at lægen generelt havde bemyndiget akupunktøren til på egen hånd at udføre akupunktur i banale tilfælde som muskelsmerter, hovedpine og tobaksafvænnning. Bemyndigelsen omfattede anbringelse af nåle på bestemte punkter og i bestemt dybde, afhængig af hvilke lidelser der var tale om. Beslutning om den nærmere placering af nålene var inden for rammerne af bemyndigelsen overladt til akupunktøren. I ikke banale tilfælde som hjertesmerter, kredsløbsforstyrrelser, stærke akutte hovedsmerter uden forbindelse med spændinger og cancer, blev behandlingen altid på forhånd drøftet med lægen efter, at denne havde tilset patienten. Det fremgik videre af sagen, at lægen dagligt kontrollerede akupunktørens arbejde, og at han altid gennemgik patientjournaler om ikke-banale tilfælde. De øvrige patientjournaler gennemgik han lejlighedsvist og senest, når der skulle skrives regning.

Det fremgår af dommen ovenfor, at det ikke er i strid med medhjælpsforholdet efter konkret vurdering at overlade til medhjælpen at sortere i patienterne mellem banale og ikke-banale tilfælde og selvstændigt indlede og afslutte behandling for nærmere beskrevne sygdomstilfælde.

Der sondres i forvaltningsretten mellem konkret og generel delegation. Konkret delegation omfatter de situationer, hvor patienten er tilset af en sundhedsperson, som overlader til medhjælpen at udføre en bestemt behandling. Konkret delegation forekommer fx i forbindelse med medicinordinationer, hvor patienten er tilset af en læge og har fået ordineret et eller flere medicinpræparater, og hvor det er overladt medhjælpen, inden for rammerne af ordinationen, at vurdere behovet for behandling.

---

hedsstyrelsens kriterier til grund ved vurderingen af, hvornår der foreligger et medhjælpsforhold, jf. U 1992.491 og Vestre Landsretsdom, afsagt 17. januar, 1995. Sundhedsstyrelsen har på den baggrund fundet anledning til at ændre praksis, jf. Sundhedsstyrelsens notat af 3. januar 2000 vedr. retlige og sundhedsfaglige problemstillinger i forbindelse med ikke-lægers brug af nåleakupunktur i behandlingsmæssigt øjemed. Det fremgår af Sundhedsstyrelsens vejledning nr. 946 af 30. december 2006, at en læge kan delegere vurdering af behandlingsbehov og beslutning om iværksættelse af behandling. Der er på den baggrund ikke grundlag for generelt at indføre et krav om, at enhver patient skal være tilset af en læge inden behandlingen. Den refererede dom U 1986.624 må på den baggrund antages at være udtryk for gældende ret.

Generel delegation omfatter de situationer, hvor en sundhedsperson har overladt til medhjælp at udføre bestemte typer af behandlinger og behandlingsmetoder uden forinden at have tilset patienten. Generel delegation forekommer i de situationer, hvor medhjælpen handler efter stående instruks. Der kan være tale om behandling af forstuvninger, primær behandling af ledskred og brud, overfladiske sår og afskrabninger og mindre forbrændinger. Delegationen kan også omfatte behandling med visse former for receptpligtig medicin for nærmere beskrevne sygdomstilfælde, fx behandling med smertestilende medicin, stivkrampevaccination, lokalanæstesi eller penicillin.

## 5. Sygehusmyndigheders styringsbeføjelser

Styringsbeføjelser vedrører i hvilket omfang andre end de, der udfører en opgave, kan bestemme over udførelsen. Den situation, der har tiltrukket sig størst juridisk opmærksomhed, er den, hvor styringen sker ved tjenestebefalinger eller instrukser. Instrukser er retsakter, hvor myndigheden meddeler regler og anvisninger rettet mod myndighedens ansatte. Instruktionsbeføjelser kan have udtrykkelig hjemmel i lov, men behøver ikke have det. I modsætning til bekendtgørelser har interne instrukser ikke retsvirkninger mod borgere og kræver derfor ikke udtrykkelig lovhjemmel. Det er almindeligt antaget, at en myndighed kan udøve sine instruktionsbeføjelser uden særlig lovhjemmel i kraft af det over-/underordningsforhold, der følger af det almindelige organisationshierarki. Hjemmelsgrundlaget for udstedelse af bindende instrukser findes i det overordnede retsgrundlag, hvor bemyndigelsen til at stille en ydelse til rådighed for borgerne tillige omfatter de faktiske handlinger, der er nødvendige for at tilvejebringe ydelsen.<sup>30</sup>

Det indebærer ikke, at sygehusmyndighedens styringsbeføjelser er uden retlige grænser. Det følger af den formelle lovs princip, at myndigheders virksomhed ikke må være i strid med lov, og at den retlige trinfølge skal respekteres. I det følgende undersøges, hvorvidt reglerne for sundhedspersoners ansvar udgør en retlig grænse for sygehusmyndigheders styringsbeføjelser.

### 5.1. Faglige normer

Regionsrådet har efter sundhedslovens § 74, stk. 1, ansvar for at varetage sygehusvæsenets opgaver og yde sygehusbehandling til personer, der har bopæl i regionen, ved sit sygehus og ved andre regioners sygehuse, jf. § 79. Det er ikke nærmere fastlagt, i hvilket omfang sygehusmyndighederne har pligt til at

<sup>30</sup> *Jørgen Garde*: Forvaltningsret almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 184-188. *Bent Christensen*: Forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, s. 261-263 *Jon Andersen*: Forvaltningsret, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 301-314.

stille bestemte ydelser til rådighed. Den vage og upræcise beskrivelse af sygehusydelse indhold indebærer, at det i vid udstrækning er overladt sygehusmyndigheden nærmere at konkretisere ydelse indhold og at fastlægge de kriterier, der skal være opfyldt, for at borgerne er berettiget til ydelserne. Der er i sundhedsloven forholdsvist klare pligtregler om jordemoderundersøgelser, svangerskabsafbrydelser, livstruende sygdomme og andre ydelser, Pligtreglerne bidrager til en fortolkning af sygehusforpligtelsens indhold.<sup>31</sup> Derudover har sygehusmyndighederne utvivlsomt en pligt til at tilvejebringe forudsætningerne for, at sundhedspersonalet kan efterleve autorisationslovens ansvarsbestemmelser.

U 1985.368 H berører forholdet mellem de sundhedsfaglige normer og sygehusmyndighedernes pligt til at stille bestemte ydelser til rådighed.

Sagen vedrørte en kvinde visiteret til en ukompliceret underlivsoperation på et mindre centralsygehus. Sygehuset var uden bemandet opvågningsstue, fordi sygehusmyndigheden på daværende tidspunkt havde planer om at nedlægge sygehuset. Kvinden blev efter afslutning af operationen, som forløb planmæssigt, bragt til opvågning på det sengeafsnit, hun kom fra. Kvinden blev tilset af plejepersonalet ved ankomsten, hvor hun var vågen med normal puls og blodtryk og igen 15 minutter efter, hvor plejepersonalet fandt hende liggende bevidstløs uden vejrtrækning og mærkbar puls. Der blev straks givet kunstigt åndedræt samtidig med, at hun blev flyttet til sygehusets intensivafdeling. Hjerterfunktionen blev genoprettet, men hun forblev bevidstløs, indtil hun ca. 6 år efter afgik ved døden. Retslægerådet udtalte, at hjertestoppet sandsynligvis skyldtes en sekundær åndedrætsdepression som følge af nedsat iltoptagelse og kulsyreophobning i kroppen. Rådet udtalte, at det anvendte bedøvelsesmiddel havde en længere halveringstid, end det var kendt på tidspunktet for operationen, men at skaden næppe var indtrådt, hvis kvinden havde været opereret på et sygehus med en bemandet opvågningsstue. Højesteret fandt, at sundhedspersonalet ikke havde begået nogen fejl som kunne begrunde et ansvar. Kvinden var blevet behandlet i overensstemmelse med sædvanlig praksis. Plejepersonalet havde med mellemrum tilset kvinden, ligesom de gjorde, hvad de kunne, da hun blev fundet bevidstløs. Til grund for dommen lagde retten, at hverken sygehusets indretning eller organisation var uforsvarlig.

Der tages i dommen udtrykkeligt stilling til sygehusmyndighedens ansvar for tilrettelæggelsen og organiseringen af sygehusets drift. Højesteret frifandt sygehusmyndigheden med den begrundelse, at tilsynet med patienten svarede til, hvad der var normalt på andre lignende sygehuse, samt at tilsynet under de givne forhold var lægeligt forsvarligt. Domstolsprøvelsen var i sagen begrænset til, om behandlingen var sundhedsfagligt forsvarlig og til spørgsmålet, om der af sundhedspersonalet var begået fejl, som kunne begrunde et ansvar for sygehusmyndigheden. Højesteret lægger til grund for dommen, at behandlingen var tilrettelagt lægefagligt forsvarligt og afstår fra yderligere at prøve de

<sup>31</sup> Se evt. *Helle Bødker Madsens* artikel: Retliggørelse af sygehusydelsen, U 2005B.249.

kriterier, der ligger til grund for den valgte sygehusstandard.<sup>32</sup> Dermed afstår domstolen fra anvendelsen af et videregående ansvar, hvor sygehusmyndigheden ville blive holdt ansvarlig for et behandlingsniveau, som ligger ud over det lægefagligt forsvarlige.<sup>33</sup> Det følger af dommen, at sygehusmyndighederne har en pligt til at tilbyde behandling, som ligger inden for rammerne af det sundhedsfagligt forsvarlige, og at sygehusmyndigheden inden for rammerne af det sundhedsfagligt forsvarlige kan inddrage ressourcemæssige hensyn i tilrettelæggelsen og organiseringen af sundhedsvæsenet. Uanset skaden kunne have været undgået ved et højere serviceniveau, er domstolens prøvelse af sagen begrænset til det lægeligt forsvarlige. Det indebærer, at sygehusmyndigheden ikke har ansvar for skader som følge af en politisk og ressourcemæssig prioritering, når behandlingen er givet inden for rammerne af det lægefagligt forsvarlige.

Domstolene er generelt tilbageholdende med at prøve ressourcemæssige prioriteringer. Beslutning om, hvilke ressourcer der skal stilles til rådighed, er i første omgang et politisk og økonomisk spørgsmål og ikke et juridisk.<sup>34</sup> Det kan med begrænsede ressourcer ikke lade sig gøre at holde en standard og kapacitet, der gør det muligt at tage syge under behandling straks, når det behøves. Tilfælde, der kan vente, må vente – det kan patienten dø af eller lide varigt mén af, hvis der skønnes forkert.<sup>35</sup> Det indebærer ikke, at domstolene er afskåret fra at pålægge offentlige myndigheder erstatningsansvar for, at det offentliges service er behæftet med fejl eller mangler. Offentlige myndigheder har ansvar efter de almindelige erstatningsansvarsregler for skader forvoldt ved fejl og forsømmelser, som kan tilregnes myndigheden som forsætlig eller uagtsom.<sup>36</sup> Grænsen går ved det lige akkurat sundhedsfagligt forsvarlige. Derudover er indholdet af sygehusmyndigheders forpligtelser tvivlsomt.

<sup>32</sup> Dommen er kommenteret af *Niels Pontoppidan*: Lægeansvar, offentlige myndigheders erstatningsansvar, U 1985B.248 og *Lars Adam Rehof*: Domstolsprøvelse af det offentliges serviceniveau ved lægebehandling, U 1986B.139. *Lars Adam Rehof* kritiserer domstolene for den valgte begrænsning i prøvelsen af det offentlige serviceniveau og anfører, at dommen indebærer at domstolene må afholde sig fra kritisk at tage stilling til ansvar for skader, der mere eller mindre er direkte følger af et politisk bestemt serviceniveau.

<sup>33</sup> *Lars Adam Rehof*: Domstolsprøvelse af det offentliges serviceniveau ved lægebehandling, U 1986B.139, s. 141.

<sup>34</sup> *Niels Pontoppidan*: Lægeansvar, offentlige myndigheders erstatningsansvar, U 1985B.248.

<sup>35</sup> *Bengt V Tidemand-Petersson*: Lægeansvar, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1978, s. 129.

<sup>36</sup> *Michael von Magnus og Anna Murphy*: Lærebog i erstatningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 59.

## 5.2. Delegation

Sygehusmyndigheden har det overordnede ansvar for tilrettelæggelsen af sygehusdriften. Det indebærer, at sygehusmyndigheden som overordnet generelt og konkret kan instruere personalet i formelle og materielle forhold.<sup>37</sup> Instruktionsbeføjelser gælder ubetinget, hvor kompetencen hviler på delegation. Muligheden for internt at delegere opgaver til andre kræver ikke lovhjemmel og er normalt ikke reguleret i lovgivningen. Hensynet til en smidig arbejdsgang har i praksis skabt en fast praksis for adgangen til at delegere opgaver til andre.<sup>38</sup> Hvilke opgaver, der lovligt kan delegeres til andre, beror på en vurdering efter de almindelige kriterier, der har udviklet sig i praksis. Hvor kompetencen fremgår direkte af loven, opstår spørgsmålet, om det samtidig medfører en begrænsning i styringsbeføjelserne.

Kompetencefordelingen er på enkelte områder udtrykkeligt reguleret i lovgivningen. Det følger af kravet om lovmæssig forvaltning, at når lovgivningsmagten har fastlagt en bestemt kompetencefordeling, skal denne også respekteres.<sup>39</sup> Sygehusmyndigheden kan derfor ikke lovligt bemyndige eksempelvis skadestuesygeplejersker eller lægestuderende til at udfærdige recepter til indløsning på apotek, fordi det i lovgivningen udtrykkeligt er forudsat, at recepten skal udfærdiges af en læge.

Kompetencen til at gennemføre visse typer af behandlinger og behandlingsmetoder er i autorisationsloven forbeholdt bestemte professioner.<sup>40</sup> Brud på kompetencereglerne er strafsanktioneret efter autorisationslovens § 79, stk. 1, hvorefter en person, der uden autorisation udøver virksomhed på et sundhedsfagligt område, der er forbeholdt autoriserede personer, straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder. Når kompetencen er tillagt en bestemt profession, er det som udgangspunkt kun den pågældende profession, der lovligt kan udøve kompetencen, idet grundlæggende retssikkerhedsmæssige hensyn for kompetenceudøvelsen ellers kunne tænkes at blive tilsidesat.<sup>41</sup> Det gælder naturligvis ikke, hvis der i loven er hjemmel til delegation. Bestemmelsen i autorisationslovens § 17, stk. 1, bygger på en forudsætning om en generel adgang til at benytte medhjælp, men kan ikke fortolkes som hjemmelsgrundlag

<sup>37</sup> *Jørgen Albæk Jensen: Forvaltningsret almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, s. 24*

<sup>38</sup> *Jørgen Albæk Jensen: Op.cit., s. 23-31.*

<sup>39</sup> *Steen Rønsholdt: Forvaltningsret Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling, Thomson, 2001, s. 169-170.*

<sup>40</sup> Jf. § 27, stk. 3, § 47, stk. 3, § 52, stk. 3, § 55, stk. 3, § 64, stk. 3, § 65, stk. 3, § 67, stk. 3, § 68, stk. 3, § 74, stk. 1 og § 74, stk. 2 i autorisationsloven.

<sup>41</sup> *Betænkning, nr. 894 om kommunale styrelsesformer og kommunalpolitikernes arbejdsvilkår, m.v., 1980, s. 116.*

for en lovbestemt kompetence til at anvende medhjælp til for eksempel lægeforbeholdte opgaver. Bestemmelsen vedrører alene de krav, der kan stilles til benyttelse af medhjælp, og finder kun anvendelse for de opgaver, der lovligt og forsvarligt kan delegeres til medhjælpen.

Kompetencereglerne er ofte ufuldstændige i den betydning, at de ikke skal forstås bogstaveligt som en angivelse om, hvem der skal udøve kompetencen. En nærmere fastlæggelse af reglens indhold lader sig derfor ikke foretage alene på baggrund af loves ordlyd, men forudsætter inddragelse af den uskrevne ret, der har udviklet sig over tid, hvor bl.a. hensyn til arbejdsdeling og sagkundskab indgår.<sup>42</sup> Det følger af domspraksis vedrørende samarbejdet mellem læger og akupunktører nævnt ovenfor, jf. U 1986.624, at reglerne ikke skal fortolkes som en udtrykkelig angivelse af, hvem der skal udføre opgaverne, men som en angivelse af, hvem der er tillagt delegationskompetencen. Uanset behandlingen er forbeholdt en bestemt autorisationsgruppe, kan andre lovligt udføre behandlingen efter delegation. Den sundhedsperson, der løser opgaver efter delegation, kan imidlertid ikke lovligt videredelegere opgaven til andre. Den formelle delegationskompetence er ved lov tillagt en bestemt gruppe. Kompetencen til at videredelegere en opgave følger derfor ikke med delegationen af opgaven. Er delegationen rettet mod en bestemt faggruppe, kan opgaven overdrages til andre inden for den pågældende faggruppe, men kan ikke videredelegeres til en anden faggruppe.

Sygehusmyndighedens beføjelser som øverste myndighed bortfalder i de tilfælde, hvor sundhedspersoners kompetence udtrykkeligt er fastlagt i loven. Det udelukker ikke sygehusmyndigheden fra i stillings- og funktionsbeskrivelser nærmere at fastsætte, hvilke skadestuefunktioner der generelt kan varetages af eksempelvis en sygeplejerske og at tillægge den ledende overlæge på skadestuen ansættelsesbeføjelserne. Den ledende overlæge har et tjenstligt ansvar for at følge sygehusmyndighedens anvisninger og har samtidig et sundhedsfagligt ansvar for, at den der fungerer som medhjælp, er kvalificeret og tilstrækkeligt instrueret til at kunne løse opgaverne.

### 5.3. Fagskøn

Den sagkundskab, en fagperson repræsenterer, kan i et vist omfang begrænse myndighedens styringsbeføjelser.<sup>43</sup>

Hvis en offentlig ansat er i besiddelse af en særlig sagkundskab, som den foresatte ikke besidder, kan den foresattes tjenestebefaling over for den ansat-

<sup>42</sup> Steen Rønsholdt: *ibid.* s. 158.

<sup>43</sup> Bent Christensen: *Forvaltningsret Opgaver*. Hjemmel. Organisation, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1997, s. 359.

te være begrænset.<sup>44</sup> Udgangspunktet er, at en overordnet ikke kan give de ansatte tjenestebefalinger om forhold, som det kræver sagkundskab at bedømme, medmindre han råder over lige så god sagkundskab.<sup>45</sup> Sagkundskaben skal være klart relevant for styringen. Regionsrådet er for eksempel afskåret fra at give lægerne på sygehuset ordre om diagnose og behandling af konkrete patienter.<sup>46</sup> Der er tale om et rent fagskøn, hvor sundhedspersonen i kraft af den viden, der kendetegner professionen, må tilskrives et udvidet handleområde. Det retlige grundlag for sundhedspersoners selvstændige kompetence må søges i forholdets natur og de særlige forhold, der kendetegner sundhedspersoners virksomhed som et udpræget fagligt område.<sup>47</sup>

Sagkundskab er ikke et entydigt begreb, og det er ikke muligt generelt at beskrive, hvilket fagligt skøn der har integritet over for sygehusmyndigheden.<sup>48</sup> De fleste beslutninger vedrørende den nærmere tilrettelæggelse og organisering af sundhedsvæsenet berører mere eller mindre direkte grundlaget for den sundhedsfaglige virksomhedsudøvelse. Beslutninger vedrørende omfanget af det anæstesiologiske beredskab er ikke alene en politisk ressourcetilprioritering, men berører også operationsgangen, sygehusets akutberedskab og fødselsafdelingen. Det kræver sagkundskab at afgøre den risiko, der er forbundet med et begrænset anæstesiologisk beredskab. Det kræver derimod ingen sundhedsfaglig sagkundskab at afgøre, hvilken risiko man vil acceptere. Det sundhedsfaglige personale har ingen særlige forudsætninger for at udtale sig om, hvilken risiko eller hvor lang en ventetid man vil acceptere.

Det er i praksis vanskeligt at afgøre, hvornår den sagkundskab, sundhedspersoner besidder, udgør en egentlig begrænsning i instruktionsbeføjelserne. Sagkundskabens relevans kan sjældent adskilles helt fra beslutningen, og endelig er sagkundskaben blot et enkelt element blandt flere øvrige elementer, som danner grundlag for sygehusmyndighedens beslutninger. Dertil kommer, at de fleste myndigheder besidder en større eller mindre grad af sagkundskab, og at myndigheden ofte vil kunne skaffe sig en viden, der modsvarer den underordnede.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> *Bent Christensen og Preben Espersen: Retsforholdet mellem politikere og embedsmænd, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 1984, s. 64 ff.*

<sup>45</sup> *Bent Christensen: Forvaltningsret, 1997, s. 361.*

<sup>46</sup> *Op.cit.*, s. 362.

<sup>47</sup> Betænkning nr. 894 om kommunale styrelsesformer og kommunalpolitikernes arbejdsvilkår, m.v., 1980, s. 96.

<sup>48</sup> Betænkning nr. 894 om kommunale styrelsesformer og kommunalpolitikernes arbejdsvilkår, 1980, s. 96.

<sup>49</sup> *Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: Overordnede myndigheders beføjelser over for underordnede myndigheder med originær kompetence, U 1995B.25.*



## 6. Afsluttende bemærkninger

Regionsrådet varetager sygehusvæsenets opgaver og har som øverste sygehusmyndighed det overordnede ansvar for indretning og drift af hele det regionale sygehusvæsen. De faglige normer og pligter, der kan udledes af autorisationsloven, udgør imidlertid en del af sygehusmyndighedernes retlige forpligtelser og berører grænserne for sygehusmyndigheders styringsbeføjelser. Inden for rammerne af, hvad der er sundhedsfagligt forsvarligt, har sygehusmyndigheden stor frihed til nærmere at konkretisere ydelseernes indhold og til at fastlægge den nærmere indretning og organisering af sundhedsvæsenet. Sammenhængen mellem kompetence og ansvar bør da også som den altovervejende hovedregel føre til, at der ikke kan anerkendes begrænsninger i sygehusmyndighedernes kompetence.<sup>50</sup>

Grænserne for sygehusmyndigheders styringsbeføjelser kompliceres imidlertid af, at autoriserede sundhedspersoner foruden det tjenstlige ansvar tillige er omfattet af et autorisationsansvar. Problemet består i, at kompetence og ansvar ikke følges ad. Ingen bør bringes i en situation, hvor vedkommende står til ansvar for hændelser uden for sin kontrol. Den sundhedsperson, der har ansvar for behandlingen, bør også have kompetencen til at træffe beslutningen. Der er således grundlæggende retssikkerhedsmæssige hensyn, som taler for, at sundhedspersoner på konkrete områder har en selvstændig kompetence uafhængig af sygehusmyndigheden. De faglige pligter og normer, der kan udledes af autorisationsloven, danner på enkeltstående områder grundlag for en sådan selvstændig kompetence. Begrænsningerne i styringsbeføjelserne fremtræder imidlertid som undtagelser fra hovedreglen om den overordnede instruktionsbeføjelser i forhold til den underordnede.

<sup>50</sup> Betænkning nr. 894 om kommunale styrelsesformer og kommunalpolitikernes arbejdsvilkår, m.v., 1980, s. 95.

# Den nye markedsføringslov En halv reform

af

*Bent Ole Gram Mortensen*

## Indledning

Denne artikel omhandler den nye markedsføringslov fra 2005,<sup>1</sup> der trådte i kraft pr. 1. juli 2006. Loven viderefører den oprindelige markedsføringslov fra 1974,<sup>2</sup> dog med visse ændringer, der bl.a. dels skyldes en overordnet politisk målsætning, dels (forventet) regulering fra EU. Samtidig har stort set alle bestemmelser fået nyt paragrafnummer.<sup>3</sup>

Med den nye markedsføringslov bevares rollen som det generelle horisontale regelsæt på markedsføringsområdet sideløbende med, at der som hidtil eksisterer mere produkt- og mediespecifik regulering.

I det følgende vil de væsentligste ændringer i markedsføringsloven blive gennemgået og diskuteret.

## 1. Reformens baggrund

I bemærkningerne til forslaget L 13<sup>4</sup> angives formålet med den nye markedsføringslov at være at gennemføre regeringens »Ny forbrugerpolitik«<sup>5</sup> og at være et led i regeringens arbejde med regelforenkling. Loven blev til på baggrund af betænkning nr. 1457 fra februar 2005: »Markedsføring og Prisop-

<sup>1</sup> Lov nr. 1389 af 21. december 2005 om markedsføring. Nu ændret ved lov nr. 538 af 8. juni 2006 og lov nr. 1547 af 20. december 2006.

<sup>2</sup> Lov nr. 297 af 14. juni 1974. Senest ved lovbekendtgørelse nr. 699 af 17. juli 2000. Herefter omtalt som den tidligere markedsføringslov.

<sup>3</sup> Om man kan lide dette eller ej, er vel en smagssag. Det kan gøre anvendelsen af praksis efter den tidligere markedsføringslov mere besværlig. En paragrafnøgle findes i *Bent Ole Gram Mortensen & Michael Steinicke: Dansk markedsret*, 2. udg. 2006, s. 405. Samme værk indeholder også en mere generel beskrivelse af den nye markedsføringslov i kapitlerne 8-11.

<sup>4</sup> Bemærkningerne til lovforslag L 13: Forslag til lov om markedsføring, som fremsat den 6. oktober 2005 af familie- og forbrugerministeren. I det følgende blot omtalt som bemærkningerne.

<sup>5</sup> Regeringens oplæg til en Ny Forbrugerpolitik 2003. Findes på [www.forbrug.dk](http://www.forbrug.dk).

lysning«, der blev afgivet af et af økonomi- og erhvervsministeren nedsat udvalg vedrørende revision af markedsføringsloven og prismærkningsloven (Markedsføringsudvalget). Udvalget havde til opgave at foretage en »gen-nemgribende modernisering af markedsføringsloven og prismærkningsloven for at medvirke til at skabe velfungerende markeder med klare rettigheder, effektiv information og konkurrence«. Dette skulle bl.a. ske ved regelforenkling og afbureaukratisering – herunder gennem en undersøgelse af, om det ville være hensigtsmæssigt at overføre prismærkningsreglerne til markedsføringsloven og indføre et fælles tilsyn.<sup>6</sup>

Forinden lovforslagets fremsættelse havde Kommissionen fremsat et forordningsforslag om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked.<sup>7</sup> Formålet var at fjerne nationale hindringer for salgsfremmende foranstaltninger, hvilket ville sige rabatter, tilgift, gratis ydelser samt salgsfremmende konkurrencer og spil. Dette kunne få betydning for den daværende markedsføringslovs specialforbud, som omtalt nedenfor. Kommissionens forslag blev dog aldrig vedtaget, og Kommissionen valgte senere at trække forslaget tilbage i forbindelse med en større screening af forslag, der af forskellige grunde ikke havde nydt fremme.<sup>8</sup>

Ligeledes forinden L 13 blev fremsat, var et direktiv om urimelig handelspraksis<sup>9</sup> allerede vedtaget og offentliggjort i EU-Tidende (EUT). Efter direktivet søges markedsføring, der er vildledende eller aggressiv i forhold til en gennemsnitsforbruger, undgået gennem anvendelse af en generalklausulignende bestemmelse om »urimelig handelspraksis«. Dette direktiv blev dog ikke implementeret ved den nye markedsføringslov. Det har derfor været nødvendigt at vedtage en ændringslov til markedsføringsloven.<sup>10</sup>

I det følgende vil der blive fokuseret på den del af markedsføringslovsreformen, der dels blev gennemført, dels ikke gennemført med fokus på forandringer i forhold til tidligere gældende ret.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Se kommissoriet i betænkningens del 1.1.

<sup>7</sup> KOM(2001) 546. Revideret udgave i KOM(2002) 586.

<sup>8</sup> EUT 2006 C 64/3.

<sup>9</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004.

<sup>10</sup> Lov nr. 1547 af 20. december 2006, der bygger på lovforslag L 2, som fremsat den 4. oktober 2006 af familie- og forbrugerministeren: Forslag til lov om ændring af lov om markedsføring.

<sup>11</sup> Der tilsigtes ikke nogen fuldstændig gennemgang af den nye markedsføringslov eller blot de ændrede bestemmelser.

## 2. God markedsføringsskik

Den helt grundlæggende bestemmelse i markedsføringsloven har været retsstandarden »god markedsføringsskik«. Denne god skik-regel blev indført i den første markedsføringslov fra 1974 og byggede tillige på en tilsvarende standard om »redelig forretningsskik« i dagældende konkurrencelovs § 15, stk. 1.<sup>12</sup> Denne standard er opretholdt i den nye markedsføringslov, dog med den tilføjelse, at det skal ske under hensyntagen til forbrugerne, erhvervsdrivende og almene samfundsinteresser. Disse hensyn er ikke tidligere fremgået eksplicit af loven, men har været en del af de bagvedliggende motiver. Efter de specielle bemærkninger til lovforslagets § 1 sker denne indføjelse af hensynene direkte i loven af hensyn til brugerne. Det fremgår ikke, at der dermed skulle være tilsigtet nogen realitetsændring.

Den tidligere markedsføringslov anvendte ligeledes den formulering, at der ikke må »foretages handlinger, som strider mod god markedsføringsskik«. Efter den gældende lov må erhvervsdrivende ikke handle i strid med »god markedsføringsskik«. Fremover skal de i stedet udvise »god markedsføringsskik«. Forbrugerstyrelsen har i den forbindelse udtalt, at den omformulering betyder, »at virksomhederne mere aktivt må tage ansvar for at opføre sig ordentligt over for forbrugere og andre erhvervsdrivende«.<sup>13</sup> Dette synes dog ikke at have støtte i lovens bemærkninger. Af de specielle bemærkninger til lovforslagets § 1 fremgår tværtimod, at Markedsføringsudvalgets anbefaling om fremover at anvende udtrykket »god markedsadfærd« ikke blev taget til følge, da det ville »medføre usikkerhed om, hvorvidt indholdet af den nye generalklausul var identisk med den nuværende, og om den retspraksis, som knytter sig til bestemmelsen, fortsat ville være gældende«. Endvidere anføres, at den retspraksis, som knyttede sig til den tidligere generalklausul, fortsat vil »finde anvendelse i fuldt omfang«. Der kan derfor ikke som følge af det ændrede ordvalg antages at være sket en skærpelse i retning af et mere »aktivt ansvar«. Hvad heri ligger, uddyber Forbrugerstyrelsen da heller ikke i det pågældende dokument.

<sup>12</sup> Bestemmelsen fandtes i § 12 i lov nr. 98 om Bestemmelser mod uretmæssig Konkurrence og Varebetegnelse.

<sup>13</sup> Forbrugerstyrelsen: Forbrugerjura 2005, marts 2006, afsnit 1.1. Findes på [www.forbrug.dk](http://www.forbrug.dk).

### 3. Specialforbuddene

Markedsføringslovgivningen har gennem tiderne indeholdt forskellige forbud mod konkrete markedsføringsmetoder.<sup>14</sup> Den tidligere markedsføringslov indeholdt således i varierende omfang forbud mod tilgift, mængdebe- grænsning, rabatmærker samt lodtrækning og præmiekonkurrencer. Til- sammen blev disse betegnet specialforbuddene.

Forbrugerombudsmanden havde i et forslag af 11. marts 2002 til regelfor- enkling og modernisering af markedsføringsloven foreslået, at alle special- forbuddene i markedsføringsloven skulle ophæves.<sup>15</sup> Dette begrundede han med, at »forbudene i markedsføringsloven blot er eksempler på mere eller mindre tilfældigt valgte salgs- og reklamemetoder, som ikke adskiller sig væ- sentligt fra andre markedsføringsmetoder, som der ikke er forbud imod, men som rent faktisk også er problematiske«. De markedsføringsmetoder, som er forbudt ifølge specialforbuddene, ville efter Forbrugerombudsmandens opfat- telse mere hensigtsmæssigt kunne reguleres som værende i strid med god markedsføringskik. Endvidere anførte Forbrugerombudsmanden, at mar- kedsføringsmetoderne skifter over tid, og at erhvervsdrivende ofte bruger megen opfindsomhed og mange ressourcer på at omgå bestemmelserne, lige- som den tilsynsmæssige håndhævelse har vist sig ofte at være overordentlig vanskelig.

Markedsføringsudvalget var delt med hensyn til, om specialforbuddene på længere sigt burde ophæves, men et flertal anbefalede, at der ikke skete æn- dringer i specialforbuddene, før der forelå en afklaring af, om Kommissio- nens forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger ville blive vedtaget og i givet fald med hvilket indhold.

I det oprindelige forslag til ny markedsføringslov, L 13 som fremsat den 6. oktober 2005, var alle 4 specialforbud fjernet. Med hensyn til mængdebe- grænsning blev det anført i bemærkningerne, at bestemmelsen i modsætning til de øvrige specialforbud intet havde at gøre med prissløring eller fokus- forskydning, men i stedet var en adfærdsregel, der skulle beskytte mindre erhvervsdrivendes konkurrencevilkår. Højesterets praksis havde desuden medført, at bestemmelsen havde mistet sin betydning.<sup>16</sup> Om de øvrige spe- cialforbud anførtes det i bemærkningerne, at erhvervslivet principielt burde være frit stillet med hensyn til valg af reklamemidler. Specialforbuddene blev anset for utidssvarende, statiske i modsætning til markedsføringsmeto- ders karakter af forbigående fænomener, konkurrencehæmmende og byrde- fulde for de erhvervsdrivende.

<sup>14</sup> Se fx forbuddet mod kuponsystemer i § 13 i lov nr. 98 om Bestemmelser mod uretmæssig Konkurrence og Varebetegnelse.

<sup>15</sup> Se også Juridisk Årbog 2002-2003.117.

<sup>16</sup> UR 2002.1574 SH, der er nærmere omtalt i afsnit 3.3.2.

Et politisk forlig resulterede dog senere i, at kun bestemmelserne om tilgift og mængdebegrænsning er udgået af markedsføringsloven, jf. nedenfor.

### 3.1. Oplysningspligt

Specialforbuddenes ophævelse giver behov for andre måder at sikre forbrugernes mulighed for at gennemskue tilbud. Med henblik herpå er der blevet indsat en bestemmelse i markedsføringslovens § 9, stk. 1: »En salgsfremmende foranstaltning skal markedsføres således, at tilbudsbetingelserne er klare og let tilgængelige for forbrugeren og værdien af eventuelle tillægsydelse klart er oplyst«. Der stilles således et *transparenskrav* til tilbudsbetingelserne (»klare og let tilgængelige for forbrugerne«).

Formuleringen af § 9 er ikke videre elegant. En almindelig sproglig forståelse af begrebet »markedsføre« kunne lede tanken hen på, at det skulle være de salgsfremmende foranstaltninger, der skulle omsættes. Lovgiver mener trods den valgte formulering ret beset, at de salgsfremmende foranstaltninger skal *udformes og anvendes* således, at tilbudsbetingelserne er klare og let tilgængelige for forbrugeren og værdien af eventuelle tillægsydelser klart er oplyst.

Bestemmelsen i § 9 supplerer det generelle krav om overholdelse af god markedsføringsskik og forbuddet mod vildledning ved et krav til oplysningerne i forbindelse med anvendelse af salgsfremmende foranstaltninger. Både oplysningskravet og bestemmelserne om god markedsføringsskik og vildledning skal være overholdt. Bestemmelsen angiver ikke nærmere, hvilke oplysninger der skal gives. Bemærkningerne eksemplificerer bestemmelsen med krav om oplysninger om betingelser for at kunne få del i et tilbud (tidsmæssig udstrækning, egenbetaling). Ved tilgift (tillægsydelser) er det eksplicit anført, at værdien heraf skal oplyses. Herved forstås efter bemærkningerne oplysning om »tilgiftsydelsens handelsværdi, eller hvis det ikke er muligt, i stedet have en detaljeret beskrivelse af tilgiftsydelsen, som sætter forbrugeren i stand til at vurdere dens reelle værdi«. Det er tvivlsomt, om bestemmelsen i § 9 har noget selvstændigt indhold ud over, hvad der allerede følger af generalklausulen og vildledningsforbuddet i markedsføringslovens §§ 1 og 3. En vis pædagogisk effekt især i perioden lige efter tilgiftsbestemmelsens ophævelse kan dog være til stede.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Bestemmelsen har en pendant i e-handelslovens § 9, stk. 2, 1. pkt.: »Når reklametilbud som for eksempel rabatter, tilgift og gaver er tilladt, skal betingelserne for deltagelse i disse foranstaltninger være let tilgængelige og fremlægges klart og tydeligt«. I forbindelse med denne bestemmelse har der dog været et hensyn til sikker gennemførelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked. Se

### 3.2. De to bevarede specialforbud

I betænkning afgivet af Erhvervsudvalget den 8. december 2005 over Forslag til lov om markedsføring anføres, at forbuddet mod rabatkuponer foreslås bevaret, da netop »denne rabatform skønnes at være præget af tilfældigheder og særlig besværlig at anvende for såvel forbrugerne som detailhandelen«. Flertallet fandt ikke, at den ovenfor omtalte oplysningsbestemmelse i § 9 på tilstrækkelig måde kunne imødegå de ulemper, der kunne være forbundet med brug af rabatkuponer for forbrugerne og detailhandelen. Derfor blev den tidligere forbudsbestemmelse med mindre sproglige tilpasninger genindsat i lovforslaget, nu som § 10. Ud over selve forbuddet er undtagelsesbestemmelsen i stk. 2 med de tilknyttede form- og indløsningskrav opretholdt.

Forbuddet mod købsbetingede, tilfældighedsprægede konkurrencer blev ligeledes genindsat, nu som § 11. Bemærkningerne i betænkningen anfører et ønske om at sikre, at forbrugernes fokus ikke blev forskudt fra den egentlige ydelse til muligheden for at vinde en gevinst. Der ønskedes med andre ord prisgennemsigtighed. Dette, fandt flertallet, varetog også en række mere samfundsmæssige og etiske hensyn.

### 3.3. De to ophævede specialforbud

Den tidligere markedsføringslov indeholdt i §§ 6 og 7 forbud mod dels tilgift, dels mængdebegrænsning.

Kommissionens ovenfor omtalte forordningsforslag ville have medført en pligt til at ophæve forbuddet mod tilgift. Forbuddet mod mængdebegrænsning ville kunne være blevet opretholdt, men ville dog være blevet underlagt princippet om gensidig anerkendelse.<sup>18</sup>

Forbuddene mod tilgift og mængdebegrænsning blev ikke ophævet med ikrafttræden af den nuværende markedsføringslov. Der blev i stedet fastsat en overgangsperiode, således at ophævelsen af disse to specialforbud først skete pr. 1. januar 2007. Efter bemærkningerne er denne overgangsperiode indsat for at give erhvervslivet mulighed for at indrette sig på den nye retstilstand. Det fremgår ikke, hvorfor det halve år fra den nye markedsføringslovs vedtagelse til dens ikrafttræden den 1. juli 2006 ikke var tilstrækkelig overgangsperiode, eller hvorfor hele lovens ikrafttræden ikke med fordel kunne udskydes, til den kunne træde i kraft samlet.

---

således *Palle Bo Madsen: Markedsret – Del 2, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2007, s. 95.*

<sup>18</sup> Heraf fulgte, at en erhvervsdrivende alene skulle overholde lovgivningen i eget etableringsland, uanset om markedsføringstiltaget indeholdende en mængdebegrænsning var rettet mod en anden medlemsstat.

### 3.3.1. Tilgift

Siden 1912 har der med visse variationer eksisteret et forbud mod tilgift i dansk ret. Efter § 6, stk. 1 i den tidligere markedsføringslov kunne en erhvervsdrivende ved salg af varer eller fast ejendom til forbruger eller ved udførelse af arbejds- eller tjenesteydelser for forbruger ikke yde tilgift, eller hvad der måtte sidestilles hermed, medmindre tilgiften var af ganske ubetydelig værdi. Reklamering med ulovlig tilgift var ligeledes forbudt, jf. lovens § 6, stk. 1, 2. pkt.

En entydig definition af tilgiftsbegrebet fandtes ikke i markedsføringsloven. Forbrugerombudsmanden anførte i sin vejledning om tilgift og konkurrencer, at der var tale om en salgsmetode, hvor den erhvervsdrivende ved salg af en vare eller en tjenesteydelse giver forbrugeren en »gave«. Forbrugeren skulle således få det indtryk, at der blev givet noget »gratis« oven i handlen. På den måde sløredes det for forbrugeren, hvad den egentlige pris var for varen.<sup>19</sup>

Tilgiftsbestemmelsen er i den nugældende markedsføringslov blevet erstattet af den ovenfor omtalte bestemmelse i § 9, stk. 1 om salgsfremmende foranstaltninger med det deri indbyggede transparenskrav samt med anvendelse af vildledningsforbuddet og kravet om god markedsføringsskik. Hvor man tidligere havde relativt snævre grænser for størrelsen af tilgift baseret på praksis efter tilgiftsforbuddet, er det nu nødvendigt at få afklaret, hvorvidt og i hvilket omfang generalklausulen og vildledningsforbuddet sætter grænser for anvendelse af tillægsydelser. Bemærkningerne er her ikke til megen nytte vedrørende det spørgsmål. Den regulerede sektor efterlades således med en vis retsikkerhed, og Forbrugerombudsmanden med en opgave.

Bortskænkning af *reklamegaver* (uden købsforpligtelse) har ikke været omfattet af tilgiftsbestemmelsen og vil næppe heller være omfattet af markedsføringslovens § 9, stk. 1. Se således UfR 1998.83 H om en besøgsgave. Det var her klart, at forbuddet mod tilgift ikke kunne finde anvendelse. Der var ingen købetvang forbundet med gaven.

Med bortfaldet af tilgiftsbestemmelsen bortfalder også behovet for de særlige undtagelsesbestemmelser, der trods tilgiftsforbuddet har muliggjort opretholdelse af de såkaldte flybonusprogrammer. Sådanne programmer vil dog

<sup>19</sup> Det samme gjorde sig gældende ved næsten gratis tillægsydelser, hvad enten disse var relateret til varen, eller drejede sig om noget helt andet. Se hertil UfR 1965.541 Ø, hvor en guldsmed solgte et guldarmbånd til 5 øre ved samtidig køb af en halskæde til 149 kr. Armbåndet kostede ca. 60 kr. ved isoleret køb. Forholdet blev anset som værende i strid med dagældende tilgiftsforbud.



fremover skulle overholde de generelle oplysningskrav i markedsføringslovens § 9, stk. 1.

### 3.3.2. Mængdebegrænsning

Den tidligere markedsføringslov indeholdt i § 7, stk. 1, 1. pkt. et forbud mod mængdebegrænsning. Efter den bestemmelse måtte en detailvirksomhed ikke fastsætte noget loft for, hvor stort et antal enheder den enkelte kunde kunne købe af en vare. Bestemmelsen blev oprindeligt indsat i markedsføringsloven ved ændringslov nr. 831 af 18. december 1991. Forinden havde Højesteret i dommen UfR 1991.43 H accepteret mængdebegrænsning ud fra aftaleretlige forudsætninger. Denne sag omhandlede et slagtilbud på Marabou-chokolade til 12,95 kr. pr. plade. Tilbuddet blev annonceret af Bilka i et husstandsomdelt blad uden tilkendegivelse af begrænsninger i de mængder, den enkelte kunde måtte aftage. Da indehaveren af Chokoland af 1988, København ApS med henblik på videresalg ønskede at købe ca. 4.000 plader, som han havde forefundet i en Bilka-butik, blev han afvist med henvisning til, at Bilka mente at kunne sortere i deres kunder og nægte levering, såfremt der blev indkøbt med henblik på videresalg. Højesterets flertal (6 ud af 9 dommere) fandt, at tilbuddet var rettet mod Bilkas normale kunder, og at dette måtte have stået indehaveren af Chokoland klart. Bilka kunne derfor afvise at sælge partiet til videresalg.

Lovforslagets bemærkninger<sup>20</sup> anførte, at formålet var at bevare en butiksstruktur med mange små butikker, som derved beskyttede forbrugere bosat i tyndt befolkede områder og med dårlige transportmuligheder. Formålet var således primært erhvervsstrukturelt – at beskytte mindre detailhandlere konkurrencemæssigt.

Mængdebegrænsningsforbuddets effekt blev betragtelig begrænset, da det i dommen i UfR 2002.1574 SH blev fastslået, at forbuddet mod mængdebegrænsning ikke omfattede *rabatdifferentiering*. I sagen havde Bilka Lavprisvarerhus A/S i en annonce reklameret med to kasser Tuborg Julebryg for 94,95 kr. pr. kasse. Det fremgik af samme annonce, at prisen ved køb af mere end to kasser var 168 kr. pr. kasse. Fire ud af fem dommere fandt ikke, at markedsføringslovens dagældende § 7, stk. 1 efter sin ordlyd hindrede en prisnedsættelse udelukkende på de to første enheder af en vare.

Med mængdebegrænsningsforbuddets bortfald i den nye markedsføringslov vil retstilstanden være som anført i UfR 1991.43 H.

Af bestemmelsen i den tidligere markedsføringslovs § 7, stk. 1, 2. pkt. fremgik, at der ikke måtte nægtes salg til bestemte aftagere. Af bemærknin-

<sup>20</sup> L 103 som fremsat den 7. november 1991, FT 1991-92, tillæg A, sp. 2219-2222.

gerne fremgår, at der først og fremmest tænkes på andre detailhandlere.<sup>21</sup> Efter sin formulering omfattede forbuddet dog også andre grupper. Denne bestemmelse er heller ikke videreført i den nye markedsføringslov. Det vil dog næppe være i overensstemmelse med god markedsføringsskik uden saglig grund at nægte salg til bestemte aftagere. Dette vil dog næppe afskære butikken fra at afvise personer, der er til gene, fx på grund af beruselse eller voldsom optræden.<sup>22</sup>

Endvidere er detailhandlere underlagt det almindelige racediskriminationsforbud, jf. § 1, stk. 1 i lovbekendtgørelse nr. 26 af 29. september 1987 om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v. Under alle omstændigheder vil prisskiltning i dag blive anset for et tilbud efter aftalelovens regler, hvorfor der allerede af den grund ikke kan ske afvisning af en kunde. Det vil civilretligt udgøre en erstatningspådragende adfærd.

#### 4. Prisoplysning og -mærkning

Der eksisterer i dansk ret intet overordnet krav om prismærkning. Der findes dog en række love og bekendtgørelser, der i visse situationer regulerer området. Hidtil har der dog været en række prismærkningsbestemmelser i prismærkningsloven.<sup>23</sup> Disse bestemmelser er for en stor dels vedkommende videreført i markedsføringslovens § 13.

Således videreføres prismærkningslovens krav om mærkning, skiltning eller anden tydelig oplysning om priser for varer, der erhvervsmæssigt udbydes i detailsalg i stk. 1:

»Ved erhvervsmæssigt udbud af varer til forbrugerne, dog ikke salg af varer ved auktionsalg, skal der ved mærkning, skiltning eller på anden måde tydeligt oplyses om den samlede pris for varen inklusive gebyrer, omkostninger, moms og alle andre afgifter. Afgifter eller omkostninger, som den erhvervsdrivende ikke er forpligtet til at opkræve direkte hos forbrugerne, er ikke omfattet af 1. pkt., men skal oplyses særskilt. Hvor varer udbydes elektronisk til forbrugerne med mulighed for bestilling, finder 1. og 2. pkt. tilsvarende anvendelse«.

<sup>21</sup> FT 1991-92, tillæg A, sp. 222.

<sup>22</sup> *Jesper Møller-Andersen*: Markedsføringsloven. Hvor går grænsen nu. Ny markedsføringslov, Erhvervs-Bladets Jurabøger, 1994, s. 45 ff.

<sup>23</sup> Senest lovbekendtgørelse nr. 209 af 28. marts 2000 om mærkning og skiltning med pris mv. Prismærkning efter den tidligere prismærkningslov er nærmere omtalt i *Kristoffersen & Gravesen* 2002, s. 41 ff. og *Madsen, Del 1* 2000, s. 185 ff. De regler, der er udstedt i henhold til prismærkningsloven, opretholdes indtil videre, jf. markedsføringslovens § 32, stk. 4.

Bestemmelsen i § 13, stk. 1 afgrænses til *erhvervsmæssigt udbud af varer til forbrugere*.<sup>24</sup> Den tidligere bestemmelse i prismærkningsloven regulerede »erhvervsmæssigt udbud af varer i detailsalg«. Det fremgår dog af de specielle bemærkninger til lovforslag L 13, at der med den sproglige modernisering ikke er tilsigtet en indholdsmæssig indskrænkning af bestemmelsen.

I den moderniserede version i markedsføringsloven er der indført et generelt krav om skiltning med prisen på *tjenesteydelser*, hvor det er muligt at oplyse en samlet pris eller oplyse grundlaget for beregningen af prisen, forudsat oplysningerne vil gøre beregning af den endelige pris mulig for forbrugeren. Kravet gælder ved udbud fra fast forretningssted, samt når tjenesteydelsen udbydes elektronisk til forbrugere med mulighed for bestilling. Bestemmelsen adskiller sig fra den gældende prismærkningslov, hvor der efter § 4, stk. 1 kun skulle skiltes med prisen på en tjenesteydelse, når der af ministeren var fastsat særlige regler herom. Når en tjenesteydelse er udført efter regning, skal der endvidere på forbrugers begæring tilstilles denne en specificeret regning, der sætter forbrugeren i stand til at kontrollere prisen for de varer og tjenesteydelser, der indgår i ydelsen. Formålet hermed er at sikre forbrugeren mulighed for at kontrollere hvilke priser, der er beregnet for de leverede varer og tjenesteydelser.

Endvidere er prismærkningskravet gjort teknologineutralt, således at ikke blot fysiske forretninger, men også internetforretninger skal overholde disse krav. Dette betyder konkret, at prisoplysninger på internettet nu ikke først skal gives på bestillingssiden. Efter bemærkningerne vil det sige, at forbrugeren »hurtigt og rimeligt enkelt på egen hånd skal kunne gøre sig bekendt med prisen, og at muligheden for prissammenligning ikke vanskeliggøres«. Dermed skal der ikke nødvendigvis gives prisoplysninger, første gang produktet nævnes i en internetbutik.

Efter bemærkningerne vil prisoplysningskravet i en internetbutik være opfyldt, når »forbrugeren let og hurtigt kan gøre sig bekendt med prisen for et produkt. Dette vil fx være tilfældet, når forbrugeren fra den første præsentation kan bevæge sig videre til en side, hvor varens pris oplyses«.

Efter § 1 i den tidligere prismærkningslov skulle udbyderen give »oplysninger om pris iberegnet moms og andre afgifter for den udbudte vare eller vareenhed«. Denne bestemmelse er blevet præciseret. Af bestemmelsen i markedsføringslovens § 13, stk. 1, 2. pkt. fremgår nu, at afgifter eller omkostninger, som den erhvervsdrivende ikke er forpligtet til at opkræve direkte hos

<sup>24</sup> Efter bestemmelsens stk. 2, 1. pkt. omfatter den også tjenesteydelser. Fast ejendom er næppe omfattet.

forbrugerne, ikke er omfattet af 1. pkt. Disse afgifter og omkostninger skal således ikke indgå i prisen. Sådanne afgifter og omkostninger skal i stedet oplyses særskilt. Som eksempel på afgifter eller omkostninger, som den erhvervsdrivende ikke er forpligtet til at opkræve direkte hos forbrugeren, anfører de specielle bemærkninger til § 13 retsafgifter eller afgift for tinglysning af pantebrev i fast ejendom, der tjener som sikkerhed for et ydet lån.

Endelig har selve indskrivningen af prismærkningsbestemmelserne i markedsføringsloven betydet, at markedsføringslovens håndhævelsessystem nu finder anvendelse for prismærkningsbestemmelserne, hvilket vil sige, at Forbrugerombudsmanden nu får mulighed for bl.a. at udarbejde vejledninger, forhandle retningslinjer, give forhåndsbeskeder og anlægge retssager på området. Prismærkningsbestemmelserne har lidt under mangel på egen tilsynsmyndighed. Prismærkningsloven blev tidligere administreret af Monopoltilsynet. Tilsynet blev afskaffet pr. 1. januar 2001 samtidig med, at administrationen blev overført til Forbrugerstyrelsen. Det var således primært op til forbrugerne, konkurrenterne og deres organisationer at politianmelde eventuelle overtrædelser af prismærkningsloven. Forbrugerombudsmanden inddrog dog i et vist omfang prismærkningslovovertrædelser i forbindelse med samtidig overtrædelse af markedsføringsloven.

## 5. Reklameidentifikation

Den nye markedsføringslov indeholder i § 4 en regel om reklameidentifikation i form af en strafbelagt bestemmelse om, at reklamer umiddelbart skal kunne identificeres som sådan. Efter bemærkningerne skal bestemmelsen sikre Forbrugerombudsmanden bedre muligheder for »effektivt at gribe ind over for skjult reklame, primært i form af reklame, der fremtræder som redaktionelt stof i medierna«.

Bestemmelsen er i overensstemmelse med ICC's Internationale Kodeks for Reklame Praksis, hvoraf det fremgår, at »Reklamer skal kunne identificeres som sådanne, uanset deres form og uanset hvilket medie, der anvendes; når en reklame publiceres i et medie, som indeholder nyheder eller redaktionelt stof, skal den præsenteres således, at den umiddelbart vil blive opfattet som en reklame«. Tidligere har manglende reklameidentifikation i dansk ret som udgangspunkt været anset for at være i strid med god markedsføringsskik, ligesom der i en række særlovsbestemmelser har været og stadig er et reklameidentifikationskrav.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Se således e-handelslovens § 9, radio- og fjernsynslovens §§ 72 og 80, tobaksreklamelovens § 2, bekendtgørelse om reklame for lægemidler § 1 samt bekendtgørelse om sundhedsydelser § 4.

Modsætningen til en identificerbar reklame betegnes sædvanligvis som »skjult reklame«, hvormed tænkes på alle de former for reklame, der ikke fremtræder som sådan, fx luder-journalistik.<sup>26</sup> I de specielle bemærkninger til markedsføringslovens § 4 nævnes som eksempel herpå »reklame, der fremtræder som redaktionelt stof i aviser, blade, radio og på tv, og eksponering af bestemte produkter/logoer i film og tv-udsendelser, som bygger på en aftale mellem en erhvervsdrivende, og de personer som står for produktionen af filmen eller udsendelsen, såkaldt product placement«.

Hvorledes identifikationen skal ske, er overladt til afsenderen af reklamebudskabet at beslutte. Det følger dog direkte af markedsføringslovens § 4, at identifikationen skal fremstå klart. I de specielle bemærkninger til § 4 nævnes som eksempel, at artikler i blade og aviser, der reelt er reklamer, tydeligt skal markeres som annoncer. Identifikationen skal ikke nødvendigvis ske direkte i forbindelse med reklamen. I forbindelse med eksponering af produkter i film er det tilstrækkeligt, at det af rulleteksterne før eller efter filmen fremgår, at der har været tale om reklame.

Det er i de specielle bemærkninger til markedsføringslovens § 4 fastslået, at »teasere«, hvorved forstås en reklameform, hvor det ikke umiddelbart afsløres, at et billede eller et objekt publiceret på forskellige reklamepladser i det offentlige rum er et led i en reklamekampagne, ikke er i strid med reklameidentifikationskravet.

Identifikationsforpligtelsen påhviler den erhvervsdrivende, der markedsfører det produkt eller den tjenesteydelse, der reklameres for. Overtrædelse af markedsføringslovens § 4 er direkte strafpålagt, jf. markedsføringslovens § 30, stk. 3. Andre erhvervsdrivende vil dog kunne ifalde et ansvar efter straffelovens generelle regler om medvirken. Det anføres direkte i de specielle bemærkninger til markedsføringslovens § 4, at eksempelvis en radiostation, der ikke er bekendt med en sangs skjulte reklamebudskaber, ikke vil kunne »ifalde et ansvar ved at spille sangen uden at gøre opmærksom på, at den indeholder reklamer. Ligeledes vil der heller ikke påhvile en filmimportør eller en biograf ejer en pligt til af egen drift at undersøge, om film indeholder reklamebudskaber«.

## 6. Børn og unge

Med markedsføringsreformen er der i den nye markedsføringslovs § 8 eksplisit stillet krav om, at markedsføring »rettet mod børn og unge skal være udformet med særlig hensyntagen til børn og unges naturlige godtroenhed og

<sup>26</sup> Se herom i *Bent Ole Gram Mortensen & Michael Steinicke: Dansk markedsret*, 2. udg. 2006, s. 376 f.

manglende erfaring og kritiske sans, som bevirker, at de er lette at påvirke og nemme at præge«. Endvidere stilles der krav om, at sådan markedsføring ikke direkte eller indirekte må »opfordre til vold, anvendelse af rusmidler, herunder alkohol, eller anden farlig eller hensynsløs adfærd eller på utilbørlig måde benytte sig af vold, frygt eller overtro som virkemidler«.

Det følger af de specielle bemærkninger til § 8, at begrebet »børn og unge« generelt dækker personer op til 18 år, men at markedsføringen også vil skulle bedømmes i forhold til den konkrete aldersgruppe, den henvender sig til.

Det følger af de specielle bemærkninger, at det fx ikke vil være tilladt at illustrere en reklame for legetøjspistoler med realistiske skuddueller mellem soldater. Som andre eksempler på forbudte reklamer nævnes reklamer, der viser modeller med plastikposer over hovederne, eller reklamer, hvori personer omgås uforvarsomt med ild samt markedsføring af en ungdomsrejse med, at det på turen vil være muligt at drikke sig fra sans og samling. Overtrædelse af bestemmelsen om direkte eller indirekte opfordring til vold, anvendelse af rusmidler, herunder alkohol, eller anden farlig eller hensynsløs adfærd eller på utilbørlig måde benytte sig af vold, frygt eller overtro som virkemidler er direkte strafbelagt efter markedsføringslovens § 30, stk. 3.

Der fandtes ikke i den tidligere markedsføringslov eksplicite regler om markedsføring over for børn og unge. Disse hensyn har i stedet været varetaget under kravet om god markedsføringsskik og forbuddet mod vildledning. Forbrugerombudsmanden udgav da også i april 2002 en vejledning om »Børn, unge og markedsføring«,<sup>27</sup> ligesom han tidligere har henvist til ICC's Internationale Kodeks for Reklame Praksis, der i artikel 14 indeholder en bestemmelse, der omfatter reklamer rettet mod børn og unge.

Særligt vedrørende radio- og fjernsynsmediet er der nu som tidligere i bekendtgørelse om reklame og sponsorering i radio og fjernsyn (reklamebekendtgørelsen)<sup>28</sup> lagt en række restriktioner på reklamering af hensyn til børn og unge.

Der er muligvis ikke meget nyt i materiel henseende i den nye bestemmelse i markedsføringsloven. Indarbejdelsen af hensynet til børn og unge i markedsføringsloven og den direkte strafbelægning af forbuddet mod direkte eller indirekte at opfordre til vold, anvendelse af rusmidler, herunder alkohol, eller anden farlig eller hensynsløs adfærd eller på utilbørlig måde benytte sig af vold, frygt eller overtro som virkemidler, kan dog medvirke til øget fokus på området og dermed en reel ændring af markedsadfærden eller en uønsket udvikling af samme. Meget vil afhænge af håndhævelsen af bestemmelsen.

<sup>27</sup> Nu erstattet af en vejledning fra juli 2006.

<sup>28</sup> Senest bekendtgørelse nr. 1368 af 15. december 2005.

## 7. Implementering af direktivet om urimelig handelspraksis

Som ovenfor omtalt blev direktivet om urimelig handelspraksis ikke implementeret ved den nye markedsføringslov fra 2005. Direktivet søger at tilnærme visse nationale markedsføringsbestemmelser for at skabe et fælles forbrugerbeskyttelsesniveau. Dette gøres ved fastsættelse af en generel retsstandard (forbud mod de former for *urimelig handelspraksis*, der forvrider forbrugernes økonomiske adfærd) samt ved bestemmelser om aggressiv handelspraksis. Harmoniseringen tager sigte på at fjerne forskelle i de nationale lovgivninger, der kan hæmme det indre markeds funktion.

Ændringsloven indeholder bl.a. en præcisering af generalklausulen om god skik i forhold til markedsføring, som berører forbrugernes økonomiske adfærd, en nyaffattelse af forbuddet mod vildledende angivelser m.v., der nu også omfatter et forbud mod aggressiv markedsføring samt indførelse af en ny bestemmelse, som fastsætter en række oplysningskrav i forbindelse med fremsættelse af en købsopfordring i lov nr. 1547 af 20.12.2006. De omtalte bestemmelser træder først i kraft pr. 1. december 2007. Disse elementer gennemgås nedenfor.

### 7.1. Præcisering af generalklausulen

Generalklausulbestemmelsen i markedsføringslovens § 1 er blevet tilføjet et stk. 2, hvorefter markedsføring, der angår forbrugernes økonomiske interesser, ikke må være *egnet til mærkbart at forvride deres økonomiske adfærd* (først fra 1. december 2007). Hermed implementeres artikel 5 i direktivet om urimelig handelspraksis. Direktivets bestemmelse om væsentlig forvridding af forbrugerens økonomiske adfærd omfatter efter artikel 2, litra e »anvendelse af en handelspraksis, som mærkbart indskrænker forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning, hvorved forbrugeren træffer en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet«. Markedsføringslovens § 1, stk. 2 må forstås i overensstemmelse hermed.

Betegnelsen »væsentlig« fra direktivets artikel 5 er i markedsføringslovens § 1, stk. 2 erstatet med »mærkbart«. Anvendelsen af udtrykket væsentligt indikerer i en dansk kontekst en høj grad af påvirkning, mens det i direktivet skal forstås som et krav om en manifesterbar og mærkbar påvirkning, jf. direktivets artikel 2, litra e og i øvrigt også den engelske og franske direktivudgave, der henholdsvis anvender udtrykkene »materially distorts« og »altère de manière de substantielle«.<sup>29</sup>

Direktivets bestemmelse om urimelig handelspraksis angår kun forhold, der skader forbrugernes økonomiske interesser, og markedsføringslovens nye stk.

<sup>29</sup> Se de specielle bemærkninger til L 2.

2 er i overensstemmelse hermed også begrænset til forbrugerforhold. Andre interesser, som fx samfundsinteresser eller utilbørigheder i almindelighed, reguleres fortsat efter lovens § 1, stk. 1.<sup>30</sup> Da direktivet jf. dennes artikel 3, stk. 2 ikke berører aftaleretten og navnlig ikke bestemmelser om kontraktens gyldighed, indgåelse og virkning, vil den offentlige kontrol med den civile retlige forbrugerbeskyttelseslovgivning, herunder urimelige aftalevilkår fortsat være omfattet af lovens § 1, stk. 1, mens handlinger forud for aftaleindgåelsen også omfattes af stk. 2, hvis forholdet ellers angår forbrugernes økonomiske interesser.

Markedsføringslovens § 1, stk. 1 om god markedsføringsskik er forblevet uændret. Lovgiver har således forudsat, at direktivets forbud mod »urimelig handelspraksis« svarer til generalklausulens krav om god markedsføringsskik.

Det følger af direktivets artikel 5, stk. 2, at en handelspraksis er urimelig, hvis a) den er i modstrid med kravet om erhvervmæssig diligenspligt og b) væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren, som bliver genstand for den, eller som den er rettet mod, eller, hvis den pågældende handelspraksis rettes mod en særlig gruppe af forbrugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe. Begrebet »erhvervmæssig diligenspligt« har ikke fundet vej til dansk ret, men antages i bemærkningerne at svare til begrebet god markedsføringsskik. For så vidt angår vurderingen af, om en handelspraksis er urimelig over for forbrugerne, henviser direktivet til en »gennemsnitsforbruger«. Dette bygger på EF-domstolens praksis i relation til direktiv 84/450/EØF om vildledning,<sup>31</sup> hvilket ikke efter de specielle bemærkninger til L 2 antages at udgøre nogen ændring i forhold til den praksis, der allerede foregår ved danske domstole.

## 7.2. Aggressiv markedsføring

Bestemmelsen om vildledning i markedsføringslovens § 3 er blevet erstattet af en helt ny bestemmelse med henblik på at overholde kravene i direktivet om urimelig handelspraksis. Særligt stk. 1 og 2 er blevet omformuleret:

»Erhvervsdrivende må ikke anvende vildledende eller urigtige angivelser eller undlade væsentlige informationer, såfremt dette er egnet til mærkbart at forvride forbrugernes eller andre erhvervsdrivendes økonomiske adfærd på markedet.

Stk. 2. Markedsføring som i sit indhold, sin form eller den anvendte fremgangsmåde er vildledende, aggressiv eller udsætter forbrugere eller erhvervsdrivende for en utilbørlig på-

<sup>30</sup> Som eksempel på samfundsinteresser og utilbørigheder nævner lovforslagets specielle bemærkninger henholdsvis gennemsigtighed på markedet og effektiv konkurrence samt diskrimination og etik, samt reklamer, der spiller på vold, frygt eller angst mv., eller som opfordrer til farlig adfærd.

<sup>31</sup> Se præambelens betragtning 18 i direktivet om urimelig handelspraksis.



virkning, og som er egnet til mærkbart at forvride disses økonomiske adfærd, er ikke tilladt«.

Samtidig fremgår det dog af bemærkningerne, at formålet med den nye formulering af lovens § 3 også er at videreføre den beskyttelse mod vildledende og utilbørlig markedsføring, som fremgår af den hidtidige formulering. Der er således mere tale om en tilpasning til den terminologi og fremgangsmåde, der fremgår af artikel 6 og 7 i direktivet om urimelig handelspraksis.

Direktivet indeholder i bilag I en fortegnelse over bl.a. vildledende handlinger. Efter direktivets artikel 5, stk. 5 skal disse handlinger under alle omstændigheder betragtes som urimelige i alle medlemsstater. Listen er ikke udtømmende, men skønt den ikke er optrykt i markedsføringsloven, må den indfortolkes i lovens anvendelse.

I overensstemmelse med direktivets begrebsanvendelse stilles der i den nye vildledningsbestemmelse krav om, at adfærden skal være egnet til mærkbart at forvride forbrugernes eller andre erhvervsdrivendes økonomiske adfærd på markedet. I den tidligere vildledningsbestemmelse var kravet, at adfærden skulle være »egnet til at påvirke efterspørgsel og udbud af varer, fast ejendom og andre formuegoder samt arbejds- og tjenesteydelser«. Af bemærkningerne i L 2 til den nye § 3 fremgår det dog, at der med denne ændring ikke er tilsigtet nogen materiel ændring.

Særlig henvisningen til en *aggressiv* fremgangsmåde synes dog ny i dansk markedsføringsregi. Begrebet er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 4, litra b, der igen henviser til artiklerne 8 og 9. Efter artikel 8 kan en handelspraksis »betrages som aggressiv, hvis den i sin faktuelle sammenhæng, idet der tages hensyn til alle elementer og betingelser, ved chikane, tvang, herunder fysisk vold, eller utilbørlig påvirkning i væsentlig grad indskrænker eller kan forventes væsentligt at indskrænke gennemsnitsforbrugerens valgfrihed eller adfærd i forbindelse med produktet, og derved foranlediger ham til eller kan forventes at foranledige ham til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet«. I artikel 9 gøres der nærmere rede for, hvornår der kan være tale om chikane, tvang og utilbørlig påvirkning. Visse af de nævnte former vil være omfattet af den danske straffelov, og må forventes at blive håndhævet herefter. Efter bemærkningerne til L 2 nævnes også ikke-kontraktuelle hindringer for forbrugeren, når denne ønsker at udøve sine rettigheder, som en fremgangsmåde, der er »aggressiv«. Som eksempler anføres erhvervsdrivende, som forbrugeren ikke kan komme i kontakt med, fx på grund af meget kort åbningstid, fordi telefonen ikke tages, eller breve ikke modtages. I forhold til erhvervsdrivende vil også bondefangeri i form af salg af værdiløse annoncer (annoncehajer) være omfattet. Eksemplerne er formo-

dentlig allerede omfattet af generalklausulen og eventuelt den tidligere vildledningsbestemmelse, men indskrivning i loven kan føre til et mere eksplicit fokus på disse fremgangsmåder fra Forbrugerombudsmandens side.

### 7.3. Oplysningskrav ved købsopfordring

Direktivet om urimelig handelspraksis indeholder i artikel 7 en bestemmelse om oplysningspligt i forbindelse med *købsopfordringer*. Denne er implementeret med den nye § 12 a i markedsføringsloven. Efter stk. 3 i denne bestemmelse defineres en købsopfordring som en »kommerciel kommunikation, hvori produktets karakteristika og pris er angivet på en måde, som er passende i forhold til det anvendte kommunikationsmiddel, og hvorved forbrugeren sættes i stand til at foretage et køb«. Bemærkningerne til lovforslag L 2 betegner dette som »stadiet umiddelbart før en forbruger tager kontakt til den erhvervsdrivende for at indgå aftale om køb af en vare eller tjenesteydelse«. Købsopfordringsbegrebet er her anvendt som et rent offentligretligt begreb og må ikke forveksles med det aftaleretlige begreb.

Ved en sådan købsopfordring skal indgå en række oplysninger efter § 12 a, stk. 1, medmindre de allerede tydeligt fremgår af sammenhængen:

- »1) varens eller tjenesteydelsens væsentligste karakteristika,
- 2) den erhvervsdrivendes adresse og navn,
- 3) forhold vedrørende betaling, levering og gennemførelse af aftalen, i det omfang disse forhold afviger fra, hvad der er sædvanligt i branchen,
- 4) den erhvervsdrivendes fremgangsmåde i forbindelse med klagesagsbehandling, i det omfang den afviger fra, hvad der er sædvanligt i branchen,
- 5) fortrydelsesret, afbestillingsret eller returret, hvis forbrugeren har en sådan ret, samt
- 6) prisen inklusive afgifter«.

Et enkelt af kravene fremgår allerede af markedsføringslovens prismærkningsbestemmelse. I visse sammenhænge vil oplysningerne fremgå af omstændighederne, hvis der handles i en fysisk detailhandelsbutik, fx den erhvervsdrivendes navn og adresse. Bestemmelsen har derimod betydning i forbindelse med en udstillet vare, hvor en umiddelbar besigtigelse af varen ikke giver forbrugeren oplysninger om varens væsentligste karakteristika, men hvor der samtidig er tilstrækkelige oplysninger til, at der foreligger en købsopfordring.

Der stilles ikke formkrav til de oplysninger, der efter lovens § 12 a skal oplyses forbrugeren ved købsopfordringen. Det vil dog ikke efter bemærkningerne være tilstrækkeligt, at der oplyses en internetadresse eller et telefonnummer, hvor oplysningerne kan findes.

## 8. Afrunding

Som ovenfor anført var ambitionerne, i al fald i forhold til markedsføringsudvalget, at foretage en »gennemgribende modernisering af markedsføringsloven og prismærkningsloven for at medvirke til at skabe velfungerende markeder med klare rettigheder, effektiv information og konkurrence«. Herudover skulle der ske regelforenkling og afbureaukratisering.

I et vist omfang er dette lykkedes. Prismærkningsloven er blevet indskrevet i markedsføringsloven. Dette er dels udtryk for regelforenkling, dels sikrer det formodentligt et egentligt tilsyn med loven.

Det lykkedes dog ikke ved reformen at få afskaffet alle de tidligere eksisterende specialforbud. Forbuddene vedrørende rabatmærker samt lodtrækning og præmiekonkurrencer blev opretholdt til trods for Forbrugerombudsmandens argumenter vedrørende bl.a. omgåelse og håndhævelsesproblemer. Mængdebegrænsningsbestemmelsen var i forvejen gjort illusorisk af Højesterets dom. Reelt blev kun tilgiftsbestemmelsen afskaffet, og det på en måde, hvor der kan rejses tvivl om, at visse former for tilgift alligevel kan være i strid med god markedsføringsskik. Med tilbagetrækningen af Kommissionens forordningsforslag, er der næppe heller på kort sigt udsigt til en afskaffelse af de resterende to specialforbud.

Direktivet om urimelig handelspraksis lykkedes det først i anden omgang at få implementeret. Ændringer af bl.a. vildledningsbestemmelsen og bestemmelsen om oplysningskrav ved købsopfordring er så væsentlige, at reformens ikrafttræden nok kunne have ventet et halvt år på disse.

Sammenlagt må det siges, at lovgiver med reformen i 2005 næppe nåede mere end en halv reform.

# Så er det en aftale

– om kontrakter på det sociale område

af

*Karsten Naundrup Olesen*

## 1. Artikkels tema

I de seneste år har der – primært fra politisk hold – med mellemrum været fremsat tanker om at anvende kontrakter på det sociale område. Drivkraften bag dette kan være et ønske om, at sociale klienter og de sociale myndigheder aftaler sig til rette om løsninger på klienternes sociale behov, men også tankegangen om, at det offentlige »får noget igen« for den ydede støtte, kan vel ligge bag.<sup>1</sup>

Det er ikke nyt, at kontraktbegrebet anvendes i forbindelse med udøvelse af forvaltningsmyndighed.<sup>2</sup> Men den omtalte udvikling og den kreativitet, der har vist sig i relation til sammenhænge, hvor kontraktinstrumentet søges anvendt, gør det relevant med en nærmere undersøgelse af de juridiske aspekter ved anvendelse af kontrakter på det sociale område. Anvendelse af kontrakter på dette område rejser en række spørgsmål af blandt andet retssociologisk og juridisk art – eksempelvis i relation til, hvad kontraktliggørelsen betyder for

<sup>1</sup> Tankegangen om noget-for-noget slår også igennem i lovgivningsinitiativer vedrørende afgørelser – altså ikke kontrakter – på det sociale område, jf. lov nr. 289 af 7. april 2006 om styrkelse af forældreansvaret. Med loven er der skabt hjemmel til at pålægge indehavere af forældremyndigheden pligter med relation til barnets skolemæssige og sociale adfærd. Der er tale om et såkaldt *forældreplæg*, der konkret kan bestå i, at forældremyndighedsindehaveren eksempelvis skal sikre barnets fremmøde i skolen eller deltagelse i bestemte fritidsaktiviteter. Noget-for-noget-elementet består i, at retten til børnefamilieydelse er betinget af overholdelse af forældreplægget, jf. lov om børnefamilieydelse, § 2, stk. 1 (lbk. nr. 972/2006).

<sup>2</sup> Som konkrete eksempler på kontrakter, der regulerer myndighedsopgaver, se U1957.395Ø (skatteansættelse), U1967.642H og U1976.359H (begge opkrævning af dækningsafgifter). Kontrakter, der indebærer myndighedsudøvelse, er også mere generelt omtalt i ældre litteratur, se eksempelvis *Poul Andersen: Dansk forvaltningsret*, kap. IX og *Jørgen Mathiasen: Aftaler i forvaltningsretten*.

Heller ikke på socialrettens område er aftaler af helt ny dato, jf. eksempelvis omtalen i *Kirsten Ketscher: Socialret* (1. udg.), s. 135 ff.

forholdet mellem borger og system, og hvilke retssikkerhedsmæssige konsekvenser, anvendelse af kontraktinstrumentet har. I denne artikel analyseres blot et enkelt af de juridiske spørgsmål, nemlig om der i det juridiske kontraktbegreb er elementer, som kan give anledning til særlige overvejelser i forbindelse med anvendelse af kontrakter på det sociale område. Behovet for en sådan undersøgelse skal naturligvis ses i lyset af den generelle udvikling på området – med øget anvendelse af kontrakter – men også ud fra den vinkel, at kontraktinstrumentet ikke er udviklet til anvendelse i forbindelse med det offentliges regulering af borgernes forhold, hvorfor man ikke kan gå ud fra, at kontraktinstrumentet uden videre passer til dette formål.

## 2. Det juridiske kontraktbegreb

Der findes ikke i lovgivningen nogen alment gældende definition af kontrakt- eller aftalebegrebet.<sup>3</sup> Litteraturen giver heller ikke nogen entydig definition, idet forskellige forfattere anvender forskellige formuleringer ved beskrivelse af kontraktbegrebet.<sup>4</sup> I nærværende sammenhæng beskrives kontrakten som bestående af viljeserklæringer, som to eller flere parter udveksler indbyrdes, og hvor mindst en af erklæringerne er et løfte, mens de øvrige er tilegnelser af løftet, ofte kombineret med et genløfte.<sup>5</sup> Med denne beskrivelse af kontraktbegrebet bliver det tydeligt, at viljeserklæringen er den centrale bestanddel i kontrakten, og det kan herefter fremhæves, at kontrakten er kendetegnet ved to forhold: 1) parternes vilje og 2) den konstaterbare erklæring af parternes vilje. Som det fremgår af de følgende afsnit, rummer begge disse forhold elementer, der får særlige perspektiver, når kontrakter anvendes i forbindelse med myndighedsudøvelse, herunder på det sociale område.

Med den ovenfor nævnte beskrivelse af kontraktbegrebet bliver det også tydeligt, at kontrakten er karakteriseret ved at være retlig bindende for dens parter. I forbindelse med anvendelse af kontraktinstrumentet på det sociale område er kontraktbegrebets element af retlig binding særligt værd at bemærke, fordi anvendelsen af ord som *kontrakt* eller *aftale* signalerer en retlig forpligtelse for parterne til at opfylde de forpligtelser, der følger af den konkrete

<sup>3</sup> Ordene aftale og kontrakt anvendes i artiklen som synonymer, hvilket er i overensstemmelse med almindelig sprogbrug. I juridisk litteratur anvendes de to ord også ofte synonymt, jf. fx *Henry Ussing: Aftaler*, s. 9, *Bernhard Gomard: Obligationsret*, 1. del, s. 4 og *Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, s. 14. Litteraturen rummer dog også fremstillinger, hvor der lægges lidt forskelligt indhold i de to ord, se eksempelvis *Arvid Frihagen: Forvaltningsrett* (bind I), s. 325.

<sup>4</sup> Som eksempelvis *Henry Ussing: Aftaler*, s. 9 og for samme, men endvidere også en anderledes definition, *Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, s. 93.

<sup>5</sup> *Henry Ussing: Aftaler*, s. 9.

overenskomst og tilsvarende retlige krav på modydelser. Men den retlige binding følger ikke af de anvendte ord – den følger af overenskomstens indhold. Det medfører, at indholdet i en overenskomst kan være så løst eller fyldt med forbehold, at overenskomsten – uanset hvordan den benævnes – ikke kan anses for retlig bindende. Tilsvarende kan benævnelsen af en overenskomst som kontrakt eller aftale ikke tilføje den retlig binding, hvis der eksempelvis ikke er hjemmel til at indgå en kontrakt med det foreliggende indhold.<sup>6</sup>

Den manglende retlige binding ved indgåede »kontrakter« vil givet overraske en del aktører på det sociale område, såvel offentlige parter som klienter. Dette bør give anledning til overvejelse. Dels kan det være uheldigt, at forvaltningen konkret tror, at et forhold er reguleret gennem kontrakt, men at det senere viser sig, at forvaltningen ikke kan gennemtvinge løsningen, fordi grundlaget ikke binder klienten. Værre er det dog nok, at man ved anvendelse af kontraktbegrebet giver klienter en illusion af retlig forpligtelse til at efterkomme det aftalte, også selv om der er tale om forhold, som ikke kunne gennemtvinges ved brug af forvaltningsafgørelser.

### 3. Den konstaterbare erklæring

#### 3.1. Krav til kontraktens udformning

Konkret vil en kontrakt kunne bestå af forskellige elementer, idet der som udgangspunkt ikke er formkrav til kontrakten som helhed, eller de ytringer, der udtrykker parternes vilje. Således kan parternes ytringer eksempelvis være bevægelser, jf. handsoprækningen ved en auktion, men af større betydning i forbindelse med kontrakter på det sociale område er, at de kan være skriftlige såvel som mundtlige. Det generelle udgangspunkt er derfor, at formen på parternes ytringer ikke uden videre kan føre til, at den overenskomst, der skabes med ytringerne, må afvises som værende en kontrakt.

Mens ytringernes konkrete udformning, i tilfælde hvor der ikke er formkrav til kontrakten, ikke uden videre fører til diskvalifikation i forhold til kontraktbegrebet, kan den mundtlige erklæring, og den deraf følgende kontrakt, resultere i bevismæssige vanskeligheder. Vanskelighederne kan opstå i relation til påvisning af kontraktens eksistens såvel som i forbindelse med fastlæggelse af dens indhold. Denne problemstilling er naturligvis ikke særegen for kontrakter på det sociale område, men også for disse kontrakter må det kon-

<sup>6</sup> En lignende situation ses ved anvendelse af ordet *garanti* i forbindelse med offentlige ydelser, jf. fx *behandlingsgaranti* og *pasningsgaranti*. Ordvalget fører vel i juridisk sammenhæng tankerne hen på det obligationsretlige garantibegreb, som har klare retsvirkninger knyttet til sig; tilsvarende retsvirkninger er næppe tiltænkt ved ordets anvendelse på det offentlige område.

stateres, at det, med henblik på efterfølgende at kunne vurdere og fastholde kontrakten, er en fordel med skriftlighed og med et indhold, der i detaljeringsgrad er afstemt efter de konkrete forhold. Drejer det sig om kontrakter på det sociale område, vil skriftlighed – hvor dette ikke allerede følger af hjemmelsbestemmelser – i særdeleshed være at anbefale, hvor den private kontrahent grundet sprogvanskeligheder, fysiske eller psykiske tilstand mv. efter kontraktens indgåelse kan tænkes at ville hævde, at denne havde et indhold, der ikke stemmer overens med forvaltningens opfattelse.

Spørgsmålet om kontraktens skriftlighed fylder meget i behandlingen af formkrav til kontrakter, men begrebet *formkrav* dækker bredere end blot spørgsmålet om skriftlighed ctr. mundtlighed. Begrebet omfatter eksempelvis også krav til, hvilke oplysninger en given kontrakt skal indeholde, og udgangspunktet om formfrihed omfatter hele formkravsbegrebet.

Ser man bort fra det generelle udgangspunkt om formfrihed, kan der på detailområder være formkrav til kontrakternes udformning. På det formueretlige område ses dette eksempelvis i relation til kreditaftaler, jf. lov om kreditaftaler §§ 8-10.<sup>7</sup>

Hvad angår kontrakter på det sociale område, er eksempelvis kontrakter indgået i medfør af pligten i integrationslovens<sup>8</sup> § 19 (herefter *§ 19-kontrakter*) undergivet skriftlighedskrav jf. integrationslovens § 19 og udtrykkeligt bkg. nr. 252/2006, § 4, stk. 1. Såvel lovens § 19 som bekendtgørelsen indeholder endvidere krav til kontrakternes indhold, ligesom bekendtgørelsen indeholder en skabelon for kontrakten. Skabelonen er vel ikke tvungen, idet der – som det gentagne gange fremhæves i bekendtgørelsen – skal være tale om en individuel kontrakt, men bekendtgørelsen indeholder en sådan mængde krav til kontrakternes indhold, at kontrakternes form i høj grad er styret ad den vej.

Er der ved lov gennemført formkrav til kontrakter, kan dette være begrundet i hensyntagen til formodede svage kontraktparter. Dette er eksempelvis tilfældet ved skriftlighedskrav i lov om finansiel virksomhed, § 48, stk. 5 (om kautionsaftaler).<sup>9</sup> Også på det sociale område er der grund til at have fokus på ulighed i styrkeforholdet mellem kontrahenterne. Der er to grunde til dette. For det første er der netop på det sociale område ofte tale om en væsentlig skævhed i styrkeforholdet mellem kontrahenterne, med den offentlige part som den stærke. For det andet er det en udtrykkelig målsætning for sagsbehandling i de sociale myndigheder, at borgernes rettigheder og indflydelse

<sup>7</sup> Henholdsvis lov nr. 398/1990 med senere ændringer.

<sup>8</sup> Lov om integration af udlændinge i Danmark, lbk. nr. 902/2006 med senere ændring.

<sup>9</sup> Jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 176/2003, §§ 47 og 48.

sikres, jf. retssikkerhedslovens § 1, nr. 1.<sup>10</sup> Hvor hensynet til den formodede svage part ikke har ført til lovregulering af formkrav til kontrakter på det sociale område,<sup>11</sup> bør disse derfor alligevel udformes under hensyntagen til den private kontrahents muligheder for at forstå kontrakten og varetage sine interesser både ved kontraktens indgåelse og i den efterfølgende kontraktperiode.

### 3.2. Konsekvenser af at krav om skriftlighed ikke opfyldes

Hvor der er givet formkrav til kontrakter på et bestemt område eller af en bestemt type, kan det, i forbindelse med fastsættelsen af disse krav, også være reguleret, hvilke konsekvenser det skal have, hvis kravene ikke opfyldes. Se eksempelvis §§ 23 og 24 i kreditaftaleloven om konsekvenser af manglende opfyldelse af samme lovs §§ 8-10. Manglende opfyldelse af formkravene resulterer ikke automatisk i kontraktens ugyldighed, men noget sådant kan forekomme; se eksempelvis om konkurrenceklausuler i handelsagentforhold, jf. handelsagentlovens § 30,<sup>12</sup> og § 48, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.<sup>13</sup>

Hvor der ikke udtrykkeligt er gjort op med betydningen af manglende overholdelse af formkrav, må konsekvenserne bero på en fortolkning af de enkelte formkrav.<sup>14</sup>

For så vidt angår kravet om skriftlighed, kan det indledningsvis bemærkes, at uanset den øjeblikkelige tendens vedrørende anvendelse af kontrakter på det sociale område har kontraktinstrumentet stadig karakter af undtagelse sammenholdt med anvendelse af forvaltningsafgørelsen som instrument ved myndighedsudøvelse. Hvor der konkret opstår tvivl, om der er indgået en kontrakt, fører kontraktens karakter af undtagelse til en formodning for, at kontrakt ikke er indgået. Det skal i den forbindelse bemærkes, at udgangspunktet her vil være, at den part, der vil påberåbe sig en kontrakt, også er den, der skal bevise kontraktens eksistens.<sup>15</sup>

Lykkes det at bevise, at der – trods det manglende skriftlige bevis – faktisk er indgået en kontrakt, bliver spørgsmålet, om denne er gyldig trods den manglende skriftlighed. Hvor skriftlighed er et krav, antages det i litteraturen, at manglende opfyldelse ikke i almindelighed fører til kontraktens ugyldig-

<sup>10</sup> Lbk. nr. 56/2007 med senere ændringer.

<sup>11</sup> Se fx Lov om tilbageholdelse af stofmisbrugere i behandling (lbk. nr. 88/2004 med senere ændringer og fremsatte lovforslag nr. L135/2006-07) hvor kontraktindgåelse er et centralt element, men hvor fx skriftlighed kun forudsættes implicit.

<sup>12</sup> Lov om handelsagenter og handelsrejsende, lov nr. 272/1990.

<sup>13</sup> Lbk. nr. 286/2006 med senere ændringer.

<sup>14</sup> *Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, s. 226. Tilsvarende om betydning af manglende overholdelse af skriftlighedskrav i forbindelse med behandling af socialsager hos *Kirsten Ketscher: Socialret*, s. 331 f.

<sup>15</sup> *Lyng Andersen og Madsen: Aftaler og mellemmand*, s. 92.



hed.<sup>16</sup> Fokuseres der på spørgsmålet om skriftlighed ved indgåelse af kontrakter på det sociale område, må det – som også påpeget ovenfor – tillægges betydelig vægt, at den private kontrahent gennem skriftlighed sikres muligheder for at forstå kontrakten og varetage sine interesser dels under forhandlingen, dels i tilfælde af efterfølgende uoverensstemmelser vedrørende kontraktens opfyldelse. I sig selv er dette dog næppe nok til – ud fra et privatretligt synspunkt – generelt at statuere ugyldighed, hvor en kontrakt på det sociale område ikke foreligger på skrift. Svaret på problemstillingen må dog nuanceres, jf. det følgende.

Skulle der være tale om en kontrakt, der alene sikrer den private kontrahent fordringer, kan hensynet til beskyttelse af dennes interesser ikke anføres som argument for at anse kontrakten for at være ugyldig. Imidlertid forekommer det ikke indlysende, at en offentlig instans skal fravælge regulering gennem forvaltningsafgørelse, der helt typisk er ensidig, for at gennemføre regulering gennem en ensidig kontrakt. Noget sådant vil ikke harmonere med ønsket om at føje et element af noget-for-noget ind i den sociale sagsbehandling. Med andre ord synes formodningen at være for, at kontrakter på det sociale område vil være gensidige og derfor resultere i såvel fordringer som forpligtelser for de enkelte kontrahenter. Behovet for varetagelse af den private kontrahents interesser er dermed potentielt til stede.<sup>17</sup>

Om behovet for at sikre varetagelse af den private kontrahents interesser er tilstrækkelig til, at manglende skriftlighed skal medføre ugyldighed, ses ikke at være afgjort, men i almindelighed kræver ugyldighed hjemmelsgrundlag.<sup>18</sup> Endvidere ses det på andre retsområder, hvor skriftligheden antages at beskytte den formodede svage kontrahent, at være sådan, at der netop er tilvejebragt hjemmel for ugyldighedsvirkning, hvor dette skal være konsekvensen af manglende skriftlighed. Se således lov om finansiel virksomhed, § 48, stk. 5, men ikke kreditaftalelovens § 8, hvorfor det netop antages, at skriftligheds-

<sup>16</sup> *Henry Ussing: Aftaler*, s. 106, *Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, s. 227 og *Lyng Andersen og Madsen: Aftaler og mellemmand*, s. 92 f.

<sup>17</sup> Det er muligt at anskue det som en ensidig kontrakt, hvis det måtte vise sig, at den ydelse, som det offentlige påtager sig at præstere som vederlag for borgerens modydelse, er en ydelse, som borgeren uden kontrakten, dvs. uden at skulle præstere modydelse, har ret til med baggrund i den sociale lovgivning. Der kan dog stilles spørgsmålstegn ved, om en kontrakt i sådan en situation – af andre grunde – overhovedet er gyldig. En nærmere analyse af problemstillingen – som blandt andet involverer stillingtagen til spørgsmål om vilkår for modtagelse af begunstigende forvaltningsafgørelser – foretages ikke i denne artikel.

<sup>18</sup> Dette følger af kontrahenternes frihed til at binde sig via kontrakt. Denne frihed udhules, hvis kontrakter efterfølgende kan erklæres ugyldige uden hjemmel.

kravet ved kreditaftaler ikke er en betingelse for gyldighed.<sup>19</sup> Disse to forhold – det almindelige hjemmelskrav og reguleringen på sammenlignelige specialområder – gør det sandsynligt, at manglende opfyldelse af et skriftlighedskrav ikke som generel regel vil føre til den sociale kontrakts ugyldighed.

Foruden de privatretlige regler indeholder også forvaltningsretten en række elementer, der kan tænkes at have betydning for spørgsmålet om konsekvenserne af manglende overholdelse af et krav om skriftlighed. Når der indgås kontrakt på det sociale område, vil kontrakten typisk træde i stedet for regulering ved brug af andre instrumenter. Hvor kontrakten anvendes som led i myndighedsudøvelse, skal forvaltningsretten iagttages, også selv om instrumentet ikke er den traditionelle forvaltningsakt.<sup>20</sup> Af den grund bliver det her interessant at undersøge, om der i forvaltningsretten stilles krav om afgørelser skriftlighed, og hvilke konsekvenser det afføder, hvis kravet ikke overholdes.

Forvaltningsloven indeholder ikke regler om, at afgørelser skal meddeles skriftligt. Tværtimod forudsættes det i lovens §§ 22 og 23, at afgørelser kan formidles mundtligt, dog således at adressaten for en afgørelse, som ikke fuldt ud får medhold, kan begære en skriftlig begrundelse. I tråd med dette antages det i almindelighed, at der kun er pligt til at meddele afgørelser på skrift, hvis dette direkte eller indirekte følger af lov.<sup>21</sup>

Hvor kontrakten erstatter forvaltningsakten på områder, hvor skriftlighed følger direkte eller indirekte af lov, må følgen af manglende skriftlighed være den samme, som hvis forvaltningsakten ikke opfyldte skriftlighedskravet. Hvis ikke der specifikt er gjort op med konsekvenserne af manglende efterlevelse af et konkret skriftlighedskrav, må disse fastlægges på baggrund af karakteren af den konkrete meddelelse, de formål skriftligheden skal tjene, og ud fra de almindelige forvaltningsretlige regler vedrørende konsekvenserne af formelle mangler.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Se bemærkningerne til § 8, stk. 1, i FT 1989/90 (tillæg A), sp. 2061.

<sup>20</sup> *Lynge Andersen og Madsen: Aftaler og mellemmand*, s. 276 og s. 277 f.

<sup>21</sup> *Haagen Jensen og Nørgaard: Administration og borger*, s. 158 og *Karsten Loiborg i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret*, 580 ff. Se også sidstnævnte for behandling af god forvaltningsskik som grundlag for krav om skriftlighed. Som eksempler på lovkrav om skriftlighed kan nævnes sundhedslovens § 12, stk. 1 (om kommunalbestyrelsernes pligt til at udstede sygesikringsbeviser), og fra det socialretlige område retssikkerhedslovens § 7, stk. 2, efter hvilken borgere skal have skriftlig meddelelse om kommunernes vurdering i anledning af behov for længerevarende hjælp, og samme lovs § 70 om afgørelser fra Ankestyrelsen og de sociale nævn.

<sup>22</sup> Se eksempelvis *Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse*, s. 149 ff. og *Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling*, s. 348 f.

### 3.3. Konsekvenser af manglende oplysninger

Det er ikke kun skriftlighed, der kan stilles som formkrav til kontrakter. Der kan også stilles krav til kontraktens indhold i den forstand, at denne skal indeholde bestemte oplysninger, eller at det i det mindre skal fremgå, at disse oplysninger er fremsat over for medkontrahenten forud for kontraktens indgåelse. Også på dette felt må udgangspunktet være, at det kræver hjemmel, hvis tilsidesættelse af sådanne formkrav skal føre til kontraktens ugyldighed, jf. ovenfor om skriftlighedskravet.

I forbindelse med kontrakter på det sociale område er der grund til at hæfte sig ved, at kontrakterne regulerer emner, der hører under offentlig virksomhed, og at en offentlig instans optræder som den ene kontrahent. På den baggrund bliver det relevant at overveje det kontraktretlige formkrav vedrørende oplysninger i sammenhæng med den forvaltningsretlige vejledningspligt, idet sidstnævnte kan komme til at fungere som beskrivelse af, hvilke oplysninger der skal gives i forbindelse med kontraktindgåelsen.

Vejledningspligten kan finde støtte dels i forvaltningslovens § 7, dels i speciallovgivning og i uskrevne forvaltningsretlige regler.<sup>23</sup> Det sidste betyder, at vejledningspligten ikke uden videre kan afgrænses til sager, i hvilke der er, eller vil blive, truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, men også kan udstrækkes til andre former for forvaltningsvirksomhed. Derfor er det ikke i denne forbindelse nødvendigt med en nærmere overvejelse af, hvorvidt en kontrakt, der indeholder elementer af myndighedsudøvelse, falder ind under forvaltningslovens afgørelsesbegreb, jf. lovens § 2, stk. 1. Vejledningspligten vil uanset dette også være aktuel i forbindelse med kontrakterne.

Vejledningspligten, som udtrykt i forvaltningslovens § 7, foreskriver, at myndighederne skal rådgive og vejlede inden for deres egne områder og henviser til rette myndighed, hvor der er tale om rådgivning vedrørende spørgsmål, der falder uden for den henvisende myndigheds sagsområde. Hvad der nærmere ligger i dette og dermed i den forvaltningsretlige vejledningspligt skal ikke uddybes her, idet der i stedet henvises til den forvaltningsretlige litteratur om emnet.<sup>24</sup>

Vejledningspligt er naturligvis også en del af de sociale myndigheders arbejde, men på dette område er pligten først og fremmest foreskrevet i en ræk-

<sup>23</sup> Se bemærkningerne til forvaltningslovens vejledningsbestemmelse (§ 7, stk. 1) i Folketings Tidende 1985-86 (tillæg A) sp. 88.

<sup>24</sup> Se eksempelvis *Jon Andersen i Gammeltoft-Hansen m.fl.*: Forvaltningsret, s. 379 ff., *Jens Garde m.fl.*: Forvaltningsret. Sagsbehandling, s. 124 ff. og *Steen Rønsholdt*: Forvaltningsret, kap. 7 (særligt afsnit 5).

ke specialbestemmelser.<sup>25</sup> Retssikkerhedslovens § 5 foreskriver således, at den sagsbehandlende myndighed skal arbejde ud fra et helhedssyn og herunder yde den nødvendige vejledning. Retssikkerhedsloven gælder generelt for sociale myndigheders sagsbehandling, jf. lovens § 2, men ud over den hermed generelt foreskrevne vejledningspligt findes der rundt om i sociallovgivningen bestemmelser, der regulerer vejledningspligten i forhold til udvalgte problemstillinger og grupper af sociale klienter.<sup>26</sup> Ved at placere bestemmelser om vejledning rundt om i speciallovgivningen har lovgiver forsøgt at give vejledningspligten indhold efter de forskellige situationer og målgrupper, og pligtens indhold kan derfor variere afhængig af situationen.<sup>27</sup> Generelt kan det anføres, at pligtens indhold påvirkes af de særlige forhold, der ofte gør sig gældende på området, herunder særligt det forhold, at personer, som kontakter det sociale system, ofte er relativt ressourcetsvage i relation til uddannelse, økonomi og adgang til alternativ rådgivning.<sup>28</sup>

Som en følge af at vejledningspligten også gælder i forbindelse med offentlige instansers indgåelse af kontrakter på det sociale område, må de oplysninger, som skal fremkomme for, at vejledningspligten kan anses for opfyldt, udgøre et minimumkrav i relation til kontraktens indhold. Alternativt skal det i det mindste kunne godtgøres af den offentlige kontrahent, at oplysningerne blev givet til den private kontrahent forud for kontraktens indgåelse.

Opfyldes det nævnte minimumskrav til oplysninger ikke i kontrakten eller i forbindelse med dens indgåelse, må følgen som udgangspunkt blive den samme, som hvor vejledningspligten ikke opfyldes i forbindelse med anden sagsbehandling. Begrundelsen er, at hvis ikke dette var tilfældet, vil anvendelsen af kontraktinstrumentet sætte de forvaltningsretlige regler for det offentliges arbejde ud af kraft. Skal noget sådant konkret være tilfældet, må det kræve udtrykkelig lovhjemmel. Af dette følger, at manglende vejledning – mangelfulde oplysninger i kontrakten eller ved dens indgåelse – muligvis kan

<sup>25</sup> Lovgivningen på socialrettens område ændres med en hastighed, der i dansk ret vist kun kan sammenlignes med ændringerne på skatterettens område. Oftest er de grundlæggende tankegange bag de skiftende bestemmelser dog i vid udstrækning de samme. Dette gælder også for de skiftende bestemmelser vedrørende vejledning. For et historisk rids af vejledningspligt i dansk socialret, se *Ingelise Bech Hansen m.fl.*: Borgerinddragelse og retssikkerhed i socialt arbejde, kap. 2.

<sup>26</sup> Se eksempelvis aktivlovens § 7 og bestemmelserne i servicelovens afsnit II.

<sup>27</sup> *von Hiemcrone og Schultz i Sten Bønsing m.fl.*: Erstatning – en antologi, s. 41 ff.

<sup>28</sup> For afgørelser, hvor det blev antaget, at der konkret var tale om et indhold ud over den almindelige vejledningspligt efter fvl. § 7, stk. 1, se FOB 1989.168, FOB 2002.340 og Sociale Meddelelser C-13-04.

føre til kontraktens ugyldighed.<sup>29</sup> I praksis vil der nok oftest blive tale om rettelse – dvs. ændring – af kontrakten, så denne bliver i overensstemmelse med, hvad klienten ville have valgt, hvis han havde fået den rette vejledning på indgåelsestidspunktet. Uanset om der bliver tale om ugyldighed eller rettelse, kan der også blive tale om erstatning til den private kontrahent.<sup>30</sup>

I forbindelse med vurderingen af, hvilke konsekvenser det skal have for en indgået kontrakt, at der ikke ved indgåelsen er givet oplysninger nok til, at vejledningspligten kan anses for opfyldt, kan det overvejes, hvilken betydning det har, at der foreligger en situation, hvor den private part har samtykket, jf. kontraktens gensidige natur. Spørgsmålet er, om den private part gennem sin accept af kontrakten kan acceptere, at vejledningspligten ikke overholdes. Svaret på dette må være benægtende. Begrundelsen skal findes i det forhold, at vejledningspligten i socialretten er lovfæstet dels i forvaltningsloven, men primært i speciallovgivning. Disse lovbestemmelser er lovgivers instruks til myndighederne om, hvordan sagsbehandling skal foregå, og hvis myndighederne gennem den konkrete klients samtykke kunne fravige bestemmelserne, ville det betyde, at lovgivningsmagten blev flyttet fra Folketinget til myndighederne og borgerne i forening. Uoverensstemmelsen med grundlovens § 3, 1. pkt., er åbenbar.<sup>31</sup>

#### 4. Parternes vilje – kontraktindgåelse under tvang

Fordi kontraktindgåelse fordrer en form for samtykke fra kontrahenterne, synes det for en umiddelbar betragtning rimeligt at antage, at når en person er gået ind i et kontraktforhold, er dette sket som et udtryk for hans vilje. Erfaringen viser imidlertid, at denne antagelse ikke holder stik i alle sammenhænge, idet flere forhold kan føre til, at en persons ytring ikke er udtryk for personens vilje. Fejlskrift, svig og tvang er tre sådanne forhold. I forbindelse med kontrakter på det sociale område, påkalder særligt tvangssituationen sig opmærksomhed, og i den forbindelse er det psykologisk tvang, der kan være aktuel.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Der vil være tale om en formel fejl. Om konsekvenserne af sådanne, se eksempelvis *Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse*, s. 149 ff.

<sup>30</sup> Om det offentlige erstatningsansvar i forbindelse med manglende eller mangelfuld rådgivning på det sociale område, se *von Hielmcrone og Schultz i Sten Bønsing m.fl.: Erstatning – en antologi*, s. 35 ff.

<sup>31</sup> Sml. *Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart*, s. 422 og *Lynge Andersen og Madssen: Aftaler og mellemænd*, s. 278.

<sup>32</sup> Her på tærsklen af en omtale af tvang ved kontraktindgåelse kan der være grund til at fremhæve, at der også på det sociale område kan indgås kontrakter ad frivillighedens vej – kontrakter som alle kontrahenter vil være tilfredse med. Disse tilfælde har givet overvægt i forhold til tilfælde, hvor borgeren føler sig tvunget.

Tvangselementet kan blive aktuelt, fordi der ofte vil være en markant ulighed i styrkeforholdet mellem den offentlige kontrahent og borgeren som kontrahent, med den offentlige part som den stærke.

Misforholdet mellem kontrahenternes styrke kan være affødt af, at borgeren opfatter sin position sådan, at kontraktindgåelse vil være den eneste mulighed for at opnå et gode eller undgå en ubehagelighed. I nogle situationer vil denne tilstand måske være resultat af en forestilling hos klienten, mere end forankret i virkeligheden, men i forhold til den konkrete situation, og oplevelsen af tvang, er den reel. Det må derfor være et element, som myndighederne skal forholde sig til ved anvendelse af kontrakter på det sociale område, også selv om tvang i aftalelovens forstand måske ikke kommer på tale. I sagsbehandlingen forud for kontraktens indgåelse må det sikres, at klienten har forstået sin situation og de muligheder for bistand, der findes inden for det sociale system.<sup>33</sup>

Uligheden i styrkeforholdet mellem kontrahenterne kan også udspringe af helt håndgribelige forhold, nemlig tilfælde hvor kontrakten anvendes i stedet for en forvaltningsretlig afgørelse. I sådanne situationer sidder myndigheden som kontraktforhandler i en meget stærk position, idet den ikke vil skulle acceptere en kontrakt, der har et, set fra myndighedens side, ringere indhold end det, myndigheden kan sikre gennem en afgørelse. Myndigheden er med andre ord sikker på at få det, som den ønsker, enten gennem anvendelse af en afgørelse eller ved at indgå kontrakt. Den offentlige kontrahents styrke vil variere i aftagende retning i situationer, hvor kontrahenten ønsker at anvende kontraktinstrumentet til at opnå noget (en modydelse fra borgeren), som ikke kan sikres, hvis den foreliggende sag reguleres gennem en forvaltningsakt. I den udstrækning dette er hjemlet, vil borgerens samtykke have særskilt værdi for myndigheden, og forholdet mellem kontrahenterne vil derfor være i bedre balance.<sup>34</sup>

Indgås der i en situation, hvor myndigheden er i en styrkeposition, en kontrakt med samme indhold, som kunne lægges i en forvaltningsakt, og sikres det samtidig, at den private kontrahent også i alle øvrige forhold stilles, som

<sup>33</sup> Se hertil også socialrettens krav om borgerinddragelse og helhedsorienteret hjælp, jf. retssikkerhedslovens § 1.

<sup>34</sup> Styrkeforholdet mellem offentlig instans og borger i kontraktsituationer er diskuteret i litteraturen, jf. *Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret*, s. 464 f., *Jørgen Mathiasen: Aftaler i forvaltningsretten*, kap. 8, *Karsten Naundrup Olesen: Samfundsloddet*, s. 93 og *Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart*, s. 415 ff. Henset til at den sociale klient ofte er stillet svagere ressourcemæssigt i relation til uddannelse, netværk og adgang til eksempelvis juridisk rådgivning end gennemsnitspersonen, synes det rimeligt med en generel formodning for, at myndigheden i kontrakter på det sociale område vil være den stærkes part, jf. også *Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart*, s. 435.

hvis der var anvendt en forvaltningsakt, vil det ikke blive aktuelt at drøfte tvang i aftalelovens forstand. Derimod opstår der risiko for sådan tvang, hvis den konkrete situation kan løses på mere end én måde, og disse forskellige måder ikke stiller den private part ens. Dette gælder, hvor resultatet – den endelige retstilstand – varierer, men kan også være tilfældet, hvis processen frem mod resultatet er forskellig. Også her spiller de forvaltningsretlige krav til sagsbehandling ind. I situationer som de beskrevne er det dog ikke sikkert, at der vil være tale om tvang i aftalelovens forstand. Er der eksempelvis tale om afståelse af jord under trussel om ekspropriation, vil ejeren givet føle sig tvunget til at sælge – og ofte til en pris lavere end markedsværdien. Men det vil ikke af denne grund komme på tale at erklære en kontrakt om salg af jorden for ugyldig efter kontraktrettens regler, idet tvangselementet her er legaliseret gennem ekspropriationssystemet.

Udnytter myndigheden sin styrke til at sikre, at kontrakten får et indhold, der er mere gunstigt for myndigheden, end hvad der kunne være sikret ved anvendelse af forvaltningsakten, er muligheden for, at der kan statueres ulovlig tvang til stede. Foreligger et tilfælde af ulovlig tvang, vil kontrakten være ugyldig, jf. aftalelovens § 29.

Det skal bemærkes, at også forvaltningsrettens regler kan føre til kontraktens ugyldighed i tvangssituationen. Dette er eksempelvis tilfældet, hvor klienten presses til at indgå en kontrakt, hvis indhold ikke er hjemlet. Det forvaltningsretlige legalitetsprincip må også slå igennem her, idet princippet gælder for al myndighedsudøvelse, ikke kun hvor denne udmønter sig i en forvaltningsafgørelse, men også hvor det sker gennem anvendelse af kontraktinstrumentet.

Med anvendelsen af kontraktinstrumentet på det sociale område introduceres således også et nyt sæt ugyldighedsregler – det formueretlige – som vil gælde sideløbende med de forvaltningsretlige regler.<sup>35</sup> I forhold til den konkrete regulering vil det forvaltningsretlige og det formueretlige regelsæt ikke nødvendigvis give det samme resultat i relation til ugyldighedsspørgsmålet, men i en række tilfælde må resultatet dog blive det samme. Således eksempelvis kontrakten der tvinges igennem, men hvis indhold er i strid med lov; her kan ugyldigheden begrundes med aftalelovens § 29 med, at indholdet er i strid med lov (DL 5-1-2) og med bruddet på det forvaltningsretlige legalitetsprincip.

<sup>35</sup> Se også *Arvid Frihagen: Avtaler med forvaltningsmyndighederne*, s. 70 f.

## Litteratur

- Andersen, Lennart Lynge og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemænd, 5. udg., Forlaget Thomson, København 2006.
- Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, 2. udg., Gjellerup, København 2002.
- Andersen, Poul: Dansk forvaltningsret, 5. udg., Gyldendal; København 1965
- Bønsing, Sten m.fl.: Erstatning – en antologi, Forlaget Thomson, København 2006.
- Christensen, Bent: Forvaltningsret. Prøvelse, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994.
- Frihagen, Arvid: Avtaler med forvaltningsmyndighetene, Universitetsforlaget, Oslo, 1977.
- Frihagen, Arvid: Forvaltningsrett (bind I), 3. udg., Forlaget A. Frihagen, Oslo 1997.
- Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002.
- Garde, Jens m.fl.: Forvaltningsret. Sagsbehandling, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001.
- Gomard, Bernhard: Obligationsret 1. del, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1998.
- Hansen, Ingelise Bech m.fl.: Borgerinddragelse og retssikkerhed i socialt arbejde, Hans Reitzels Forlag, København 2006.
- Jensen, Claus Haagen og Carl Aage Nørgaard: Administration og borger, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1988.
- Ketscher, Kirsten: Socialret. Almindelige principper – Retssikkerhed og administration, 1. udg., GadJura, København 1998.
- Ketscher, Kirsten: Socialret. Almindelige principper – Retssikkerhed og administration – grundværdier, 2. udg., Forlaget Thomson, København 2002.
- Madell, Tom-Erik: Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998.
- Mathiassen, Jørgen: Aftaler i forvaltningsretten – særlig med henblik på aftaler mellem forvaltningsmyndigheder og private, Juristforbundets Forlag, København 1974.
- Olesen, Karsten Naundrup: Samfundsloddet, Forlaget Thomson, København 2004.
- Rønsholdt, Steen: Forvaltningsret – Retssikkerhed, proces, sagsbehandling, 2. udg., Forlaget Thomson, København 2006.



Ussing, Henry: Aftaler på formuerettens område, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1950.

# Offentlige myndigheder mellem offentlig og privat regulering

– skal offentlige indkøb ses som økonomisk aktivitet i konkurrencereglerne forstand?

af

*Michael Steinicke*

## 1. Indledning

I det følgende behandles et af de mange juridiske spørgsmål, der findes mellem offentlig ret og privatret. Et af de områder, hvor sammensmeltningen mellem offentlig ret og privatret tydeligst ses, er, hvor offentlige enheder udøver økonomisk aktivitet. Nærværende artikel omhandler en situation og en problemstilling, der falder inden for denne kategori: offentlige myndigheder som erhvervsvirksomheder. Eller mere præcist behandles spørgsmålet: indebærer det forhold, at en offentlig enhed foretager et indkøb, at den offentlige enhed skal betragtes som en virksomhed? Spørgsmålet giver anledning til generelle overvejelser om synet på det offentliges adfærd på markedet, såvel som overvejelser om strukturen af markedsreguleringen. En række af disse overvejelser præsenteres i det følgende.

Artiklen er opbygget således, at problemstillingens udspring i grænselandet mellem offentlig ret og privatret indledende præsenteres. Dernæst skitseres de regler, der danner grundlag for den konkrete analyse, fulgt af en gennemgang og behandling af den første afgørelse, der vedrører temaet. Artiklens sidste del omfatter kommentarer til og perspektivering af afgørelsen.

## 2. Om offentlig ret og privat ret

Den klassiske retssystematik omfatter en sondring mellem offentlig ret og privatret.<sup>1</sup> Baggrunden for at inddrage denne sondring i nærværende sam-

<sup>1</sup> Den første sondring mellem den offentlige ret og privatretten findes i romerretten og den store lovsamling *Corpus Iuris Civilis*, som blev udarbejdet i årene 529-534. Om udviklingen af de to områder, se eksempelvis *Kaare Bangert: Sondringen mellem offentlig ret og privat ret*. Hovedtræk af den retshistoriske udvikling, *Retfærd*, nr. 47, 1989, s. 26. Fra den omfattende beskrivelse af sondringen mellem offentlige ret og privatretten, kan henvises til *Alf Ross: Sondringen mellem privatret og offentlig ret*, TfR, 1936, s. 109 og *Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle (red.): To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig ret og privatret*. Fra amerikansk og engelsk ret kan nævnes *Randy E. Barnett: Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction*, *Harvard Journal of*

menhæng er, at der følger forskelligt tankegods med afhængig af, om man befinder sig inden for den offentlige ret eller privatretten. Anvendelsen og fortolkningen af en regel kan altså som udgangspunkt være forskellig, alt efter om der er tale om en privatretlig regel eller en offentligretlig regel.

Der kan opstilles to hovedretninger i relation til, hvad der er bestemmende for sondringen mellem offentlig ret og privatret; disse er *interesseteoriene* og *subjektteoriene*. Efter interesseteoriene skal den afgørende forskel mellem offentlig ret og privatret findes i reglernes formål, dvs. de menneskelige interesser, der søges værnnet gennem reglerne. Den offentlige ret bestemmes herefter som den del af juraen, der helt eller overvejende forfølger hensynet til en offentlig interesse, en samfundsinteresse, hvor privatretten er den del af juraen, der er givet til værn for enkeltmands private interesser.<sup>2</sup> Genstanden for denne artikel er konkurrenceretten. En kategorisering af konkurrenceretten som et hele i henhold til interesseteorien vil ikke være let, da konkurrenceretten både tilgodeser den enkeltes ret og dennes basale friheder (erhvervsfriheden og aftalefriheden), men samtidig indeholder begrænsninger i disse friheder ud fra netop hensynet til samfundsmæssige interesser. Eksempelvis er formålet med konkurrenceloven at sikre, at der sker en effektiv samfundsmæssig ressourceudnyttelse, jf. lovens § 1. Samme hensyn genfindes i EU-konkurrenceretten, hvor dette suppleres af hensynet til etableringen og funktionen af det indre marked.

Subjektteoriene er baseret på den antagelse, at sondringen mellem privat og offentlig ret bestemmes efter subjekterne i det retsforhold, der skabes gennem den pågældende retsregel. Den private ret er den del af juraen, der angår retsforhold, hvori begge parter er private personer, hvor offentlig ret er den del af den juridiske systematik, hvor mindst én af parterne er en offentlig person, dvs. enten stat, kommune eller en anden institution eller person, der er bærer af offentlig magt.<sup>3</sup> Det er således de enheder, som er omfattet af reguleringen, som er bestemmende for, hvilken placering reguleringen får inden for den juridiske systematik.

Efter *Ross'* beskrivelse af den offentlige ret i overensstemmelse med subjektteorien ses den offentlige ret som den del af juraen, hvor mindst én af personerne er en offentlig person, dvs. enten stat, kommune eller en anden institution eller person, der er bærer af offentlig magt. Det fremgår ikke med tydelighed, om den offentlige person i denne sammenhæng skulle være kendetegnet som bærer af offentlig magt, eller om offentlige enheder i disses pri-

---

Law & Public Policy, 1986, s. 267 og *Carol Harlow*: »Public« and »Private« Law: Definition without Distinction, *The Modern Law Review*, 1980, s. 241.

<sup>2</sup> Se *Alf Ross*: Om ret og retfærdighed, s. 270.

<sup>3</sup> *Alf Ross*: Om ret og retfærdighed, s. 271.

vatretlige kapacitet ligeledes anses for offentlige i den pågældende forstand. Det må antages, at da reguleringen er kendetegnet ved, at der er tale om en offentlig enhed, vil en egentlig offentlig magtkompetence ikke være nødvendig for, at der kan være tale om offentlig ret efter subjektteorien.

Konkurrenceretten vil som udgangspunkt ikke kunne placeres entydigt, da både offentlige og private virksomheder vil kunne være omfattet af de generelle konkurrenceretlige regler.<sup>4</sup> Dog må det siges, at da reguleringen er tiltænkt de private virksomheder, vil konkurrenceretten efter subjektteoriene anses for at være en del af privatretten.<sup>5</sup> Det er da også antaget, at markedsretten (og hermed konkurrenceretten) har en nærmere tilknytning til privatretten end til den offentlige ret.<sup>6</sup>

### 2.1. Kritik af sondring mellem offentlig ret og privatret

Sondringen mellem den offentlige ret og den private ret synes i perspektivet af den moderne retsudvikling noget kunstig,<sup>7</sup> da en lang række regler, herunder de konkurrenceretlige, utvivlsomt har grundlag i begge retsområder. Da konkurrenceretten i dennes traditionelle udformning ikke klart kan placeres enten inden for den offentlige ret eller den private ret, synes en vurdering af de to grundlæggende retsområder måske uvæsentlig. Dog må det gælde for markedsretten som for andre dele af juraen, som kan placeres inden for begge hovedområder, at en nærmere analyse af hovedgruppernes kendetegn kan bidrage til en analyse af det pågældende retsområdes systematisering. Eksempelvis kan en beskrivelse af forskellen mellem den offentlige og den private ret give et indtryk af, hvordan en given »gråzoneregulering« skal fortolkes i en bestemt situation, da den pågældende regulering har en større tilknytning til enten den offentlige ret eller den private ret.

## 3. Offentlige myndigheder mellem offentlig og privat ret

Som det fremgår af ovenstående, lader hverken offentlig ret eller privat ret sig let definere. Selv om der er gråzoner mellem de to juridiske hoveddiscipliner, så kan det på baggrund af subjektteoriene med rimelig sikkerhed antages, at reguleringen af de traditionelle offentlige enheder, der udøver offentlige akti-

<sup>4</sup> Eksempelvis omfattes både privat og offentlig erhvervsvirksomhed af de EU-retlige konkurrenceregler (jf. praksis og art. 81, 82 og 86) og af konkurrenceloven, jf. § 2, stk. 1.

<sup>5</sup> Dette er i overensstemmelse med *Ulf Bernitz'* vurdering, dog uden at *Bernitz* anvender disse teorier, se *Marknadsrätt*, s. 84. *Bernitz* betoner dog samtidig, at markedsretten bør studeres ud fra både privatretlige og offentligretlige perspektiver, s. 83.

<sup>6</sup> *Bernitz*: *Marknadsrätt*, s. 84.

<sup>7</sup> Om kritikken af sondringen helt generelt, se *Hans Kelsen*: *General Theory of Law and States*, *Alf Ross*: *Om ret og retfærdighed* og *Tom-Erik Madell*: *Det allmänna avtalspart*, s. 54 ff. med henvisninger.

viteter, vil høre under den offentlige ret, hvorimod normeringen af traditionelle private enheder (erhvervsvirksomheder), og de aktiviteter, disse traditionelt udøver, forholdsvis sikkert kan placeres under privatretten. Offentlige myndigheder vil dermed oftest være underlagt offentligretlige regler, hvor private organer (typisk private virksomheder) generelt vil være underlagt privatretlige regler. Afgørende for, om en enhed er omfattet af offentligretlige eller privatretlige regler<sup>8</sup> vil oftest være baseret på enten en formel vurdering (om organet har en tilstrækkelig tilknytning til det offentlige system) eller en funktionel vurdering (og organet udøver aktiviteter, som traditionelt henføres til det offentlige system, primært myndighedsudøvelse). Eksempler på regler, som er baseret på en formel vurdering er eksempelvis forvaltningsloven, som finder anvendelse på alle dele af den offentlige forvaltning, jf. forvaltningslovens § 1, stk. 1,<sup>9</sup> hvor en funktionel vurdering er bærende for markedsføringsloven og konkurrencereglerne. I denne artikel foretages en kritisk analyse af et af de regelsæt, som baseres på en funktionel vurdering, nemlig konkurrencereglerne.

#### 4. Anvendelsesområdet for konkurrencereglerne

Afgørende for, om konkurrencereglerne finder anvendelse, er, om den pågældende enhed er en virksomhed. Begrebet »virksomhed« kan være vanskelig at definere, og begrebet kan ses i forskelligt perspektiv og ses i bred eller snæver forstand. Begrebet er nærmere afgrænset i praksis og omfatter enheder, der udøver økonomisk aktivitet, uanset de formelle organisatoriske rammer herfor. EF-Domstolen og de danske konkurrencemyndigheder har i flere tilfælde taget stilling til forskellige former for aktiviteter, hvoraf størstedelen ikke giver anledning til de store problemer. Eksempler på økonomisk aktivitet fra Domstolens praksis er således almindelig produktionsvirksomhed, arbejdsformidling, salg af produkter og tjenesteydelser. Samtidig har Domstolen udtalt, at i situationen, hvor en ydelse er rettet mod samfundet som hele, vil der ikke være tale om økonomisk aktivitet, se eksempelvis forebyggelse af forurening (C-353/95, *Cali*) og flykontrolaktivitet (C-364/92, *Eurocontrol*). I begge sager udtalte Domstolen, at aktiviteterne som følge af sin art, sit formål og de regler, aktiviteterne var undergivet, var at betragte som aktiviteter, der henregnes til offentlig myndighed.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Af pædagogiske årsager foretages en grov generalisering idet det antages, at regler vil være enten det ene eller det andet. Dette er en simplificering, der i praksis ikke holder.

<sup>9</sup> Inden for rammerne af forvaltningsloven ses der dog en funktionel afgrænsning, idet størstedelen af reglerne i loven udelukkende finder anvendelse for behandling af sager, hvori der er eller vil blive truffet en afgørelse af en forvaltningsmyndighed, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1.

<sup>10</sup> *Cali*-sagens præmis 23 og *Eurocontrol*-sagen, præmis 30.

Domstolen har endvidere taget stilling til flere situationer, hvor enheder befinder sig i grænseområdet mellem offentlige og private virksomheder. Eksempler herpå er C-244/94, FFSA, C-67/96, Albany International og C218/00, Cital. Afgørende i disse situationer har været vurderingen af, om aktiviteterne er baseret på solidaritet.

Ovenstående sager er kendetegnet ved, at de omtvistede aktiviteter lå inden for et område mellem offentlig og privat aktivitet, men Domstolen har også i nyere praksis fået forelagt spørgsmål relateret til det offentliges aktiviteter med henblik på konkurrencereglernes anvendelse, hvor vurderingen havde en lidt anden karakter. I de ovenfor skitserede sager er der taget stilling til karakteren af forskellige enheders overordnede aktiviteter samlet set, eksempelvis arbejdsformidling, handel med produkter eller flykontrol. I den nyeste praksis ses ikke på de overordnede aktiviteter men derimod på de enkeltstående, konkrete dispositioner. Grundlæggende drejede det sig om, hvorvidt *offentlige indkøb* kan ses som økonomisk aktivitet i sig selv. Hvis dette er tilfældet, vil enhver offentlig myndighed være omfattet af konkurrencereglerne hver gang, der skal foretages et indkøb. Således ville konkurrencereglerne skulle anvendes sammen med andre regler, der finder anvendelse på sådan indkøbsaktiviteter, herunder EU's udbudsregler.<sup>11</sup> Et positivt svar på det stillede spørgsmål vil medføre, at offentlige myndigheder (såvel som offentlige virksomheder) nu skulle tage konkurrencereglerne i betragtning i forbindelse med deres aktiviteter på markedet.<sup>12</sup>

Art. 81 og 82 finder oftest ikke anvendelse på forholdet mellem ordregiver og tilbudsgiver (dvs. det forhold, der er omfattet af EU's udbudsregler), men anvendes primært på forholdet mellem tilbudsgiverne.<sup>13</sup> Dette skyldes det forhold, at de ordregivende myndigheder traditionelt har været anset for enheder, der driver myndighedsudøvelse – aktiviteter, som ikke er omfattet af konkurrencereglerne.

#### 4.1. C-205/03 P, FENIN

Den første sag, der behandler spørgsmålet, er C-205/03 P, Federacion de Empresas de Instrumentacion Cientifica Media Tecnica y Dental (FENIN) afsagt 11. juli 2006. I denne afgørelse havde først Retten i Første Instans (T-319/99) og senere Domstolen mulighed for at tage stilling til, hvorvidt en or-

<sup>11</sup> Direktiv 2004/18/EF om proceduren for indgåelse af offentlige kontrakter.

<sup>12</sup> Om konsekvenserne herved, se nedenfor.

<sup>13</sup> De typiske overtrædelser mellem tilbudsgivere i forbindelse med udbud er såkaldte mestergise, eller aftaler om tilbudskoordinering. Kernen i disse aftaler er, at tilbudsgiverne på forhånd aftaler priserne på de tilbud, som afgives, og dermed også, hvem der skal have den pågældende kontrakt. Forbuddet mod sådanne aftaler er identisk i EF-traktatens art. 81 og konkurrencelovens § 6.

dregivende myndighed og dennes indkøbsaktiviteter kunne siges at være økonomisk aktivitet i konkurrencereglerens forstand.

Konkret angik sagen en offentlig enhed, der administrerede det nationale sundhedsvæsen i Spanien (NSS), og som i forbindelse hermed foretog køb af medicinske instrumenter. FENIN er en sammenslutning, hvis medlemmer udgjorde hovedparten af de virksomheder, der sælger de hygiejneprodukter, der anvendes i hospitalssektoren i Spanien. I december 1997 indgav FENIN en klage til Kommissionen, hvori den fremsatte en påstand om, at de organer, der administrerede NSS, havde en dominerende stilling på det spanske marked for hygiejneprodukter og havde misbrugt denne stilling ved at betale deres gæld med store forsinkelser. Efter nogen korrespondance afviste Kommissionen endeligt FENINs klage med to begrundelser, nemlig for det første, at »de pågældende 26 ministerier og organer ikke er virksomheder, når de administrerer udførelsen af offentlige sundhedstjenester«, og for det andet, at »de pågældende 26 ministerier og organers stilling som aftagere ikke kan adskilles fra de efterfølgende tjenesteydelser.« Kommissionen resultat var en konsekvens af, at de pågældende organer ikke handlede som virksomheder og derfor ikke var omfattet af art. 82 i EF-traktaten.

Sagen blev herefter indbragt for Retten i 1. Instans i sag T-319/99. Her bemærkede Retten, at begrebet virksomhed efter fast retspraksis omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset aktiviteternes retlige status og dens finansieringsmåde. Retten understregede i den forbindelse, at det er den virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet erhvervsmæssig virksomhed, men derimod ikke den virksomhed, der består i køb af varer som sådan.<sup>14</sup> Retten påpegede endvidere, at »Som Kommissionen har gjort gældende, kan den virksomhed, der består i køb af produkter, således ikke adskilles fra erhververens senere brug af produkterne med henblik på at vurdere erhververens rolle. Det skal således fastslås, at det er den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse af det købte produkt, der nødvendigvis bestemmer karakteren af den virksomhed, der består i køb.«<sup>15</sup> Retten påpegede, at når et organ køber et produkt med henblik på at gøre brug af produktet i forbindelse med anden aktivitet, eksempelvis en aktivitet af rent social natur, er der ikke tale om en handling som virksomhed, blot fordi der foretages et køb. Hvis organet foretager indkøb i store mængder og i den forbindelse udøver en meget væsentlig økonomisk magt, som kan give anledning til en monopolstilling, ændrer dette ikke på det forhold, at det er den aktivitet, som or-

<sup>14</sup> T-319/99, FENIN, præmis 36.

<sup>15</sup> T-319/99, FENIN, præmis 36.

ganet udøver, og til hvilket formål organet køber produkter, som er bestemmende for, hvad der betragtes som en virksomhed.<sup>16</sup> Hvis den nævnte aktivitet ikke er økonomisk aktivitet, er der ikke tale om virksomhed i konkurrencereglernes forstand.

Da Kommissionens resultat blev fastholdt af Retten, indbragte FENIN sagen for Domstolen.

Generaladvokat Maduro er i sit forslag til afgørelse meget grundig i sin gennemgang af praksis vedrørende virksomhedsbegrebet og de forskellige definitioner, som har været anvendt i den forbindelse. Generaladvokaten tog stilling til de to led af vurderingen. For det første om den aktivitet, som NSS udførte, kunne antages at være en økonomisk aktivitet, og for det andet om indkøb havde nogen relation til de generelle aktiviteter eller skulle ses som en selvstændig aktivitet.

Generaladvokaten påpeger indledningsvist, at definitionen af begrebet virksomhed balancerer mellem de forhold, som gør sig gældende henholdsvis for private og offentlige enheder. Generaladvokaten udtalte, at denne balance vedrørte »nødvendigheden af at beskytte den frie konkurrence på fællesmarkedet og respekten for medlemsstaternes kompetencer.« I forlængelse heraf påpeges de to forskellige kontrolformer, de forskellige typer af enheder er underlagt: statens magtudøvelse på det politiske område er underlagt demokratisk kontrol, hvorimod erhvervsdrivende, der er aktive på et marked, er underlagt en anden kontrol i form af konkurrencereglerne. Det blev endvidere påpeget, at når staten handler som virksomhed, er den underlagt de samme regler som andre virksomheder.

Generaladvokaten understreger endvidere det meningsløse i, at der indføres konkurrencemæssige krav for sektorer, der ikke har et markeds kendetegn. Generaladvokat Maduro betonede endvidere, at staten ikke først og fremmest optræder som markedsdeltager, idet en af dens vigtigste roller er at sikre en omfordeling, og udtalte i forlængelse heraf, at »Statens indsats i denne forbindelse, som alene bygger på solidaritetsprincippet, er ikke underlagt markedsvilkår. Staten er kun omfattet af konkurrencereglerne, såfremt de enheder, der skal opfylde solidaritetsmålene, anses for virksomheder. Hvis staten derimod under udøvelse af aktiviteten ikke har vinding for øje og således ikke er underlagt markedsvilkår, finder konkurrencereglerne ikke anvendelse. Staten vil imidlertid stadig være underlagt et krav om konsekvens, idet den kun kan fritage visse aktiviteter fra markedsvilkårene, såfremt den reelt følger solidaritetsprincippet og indfører en omfordelingspolitik. Staten har således to adskilte roller, alt efter om den optræder som markedsdeltager eller følger de

<sup>16</sup> T-319/99, FENIN, præmis 37.



politik baseret på solidaritet. Staten kan imidlertid ikke under foregivende af solidaritetshensyn holde erhvervsdrivende uden for konkurrencereglerne anvendelsesområde.«

I appellen kritiserede FENIN helt generelt den grundlæggende præmis, nemlig at det er den aktivitet, der består i udbud af varer og tjenesteydelser på markedet, der er kendetegnende for begrebet erhvervmæssig virksomhed, og ikke det blotte forhold at der foretages indkøb. I forlængelse heraf havde retten udtalt, at køb af produkter ikke kan adskilles fra den efterfølgende brug af produkter således, at det er karakteren af den efterfølgende anvendelse af varen eller tjenesteydelserne, der er afgørende for karakteren af købet som økonomisk eller ikke-økonomisk. FENIN påpegede i den forbindelse, at sammenkædningen mellem købet karakter og den senere anvendelse bygger på en urigtig fortolkning af retspraksis, rejser praktiske vanskeligheder samt mindsker den effektive virkning af konkurrencereglerne. FENIN understregede i forlængelse heraf, at det efter deres mening er svært at se, hvordan salg kan være omfattet af konkurrencereglerne, men ikke køb, idet de to begreber er gensidige.<sup>17</sup> Efter generaladvokatens mening kan dette kritikpunkt ikke i sig selv afsvække det synspunkt, at kvalificeringen af købet afhænger af den efterfølgende anvendelse af det købte.

FENIN argumenterede ligeledes for, at Domstolens praksis i C-180/98 og C-184/98, Pavlov m.fl., og den appellerede dom modsiger hinanden. I Pavlov-sagen fastslog Domstolen, at den skulle afgøre, om lægers tilslutning til en pensionskasse havde erhvervmæssig karakter.<sup>18</sup> Her sondrede Domstolen mellem aktiviteter, der vedrører lægers personlige sfære, og aktiviteter, der vedrører deres erhvervssfære. Efter generaladvokatens forslag i den pågældende sag, er det kun den mellemliggende efterspørgsel, men ikke slutefterspørgslen, der kan anses for at høre til erhvervssfæren. Efterspørgslen fra forbrugerne som privatpersoner, som altid er en slutefterspørgsel, er derimod ikke omfattet af konkurrencereglerne.<sup>19</sup>

Generaladvokaten udtalte, at dette forhold ikke modsiges i den appellerede dom, idet han påpegede, at »Når der er tale om offentlige organer, der både udøver økonomiske aktiviteter og andre former for aktiviteter, er det nemlig alene efterspørgslen i forbindelse med deres økonomiske aktiviteter, der kan være omfattet af konkurrencereglerne. Køb bestemt til ikke-økonomiske aktiviteter kan derimod sammenlignes med forbrugernes slutefterspørgsel og er ikke omfattet af konkurrencereglerne.«<sup>20</sup> Herefter påpegede generaladvoka-

<sup>17</sup> Generaladvokat Maduros forslag til afgørelse, punkt 62.

<sup>18</sup> Pavlov-sagen, præmis 79.

<sup>19</sup> Generaladvokat Maduro i forslaget til afgørelse i FENIN, punkt 63.

<sup>20</sup> Generaladvokat Maduro i forslaget til afgørelse i FENIN, punkt 64.

ten, at der i FENIN var en tæt sammenhæng mellem købet af hygiejneprodukter og NSS' levering af sundhedstjenesteydelser.

Et andet forhold, som FENIN mente, at Retten burde have undersøgt, var om NSS' købsaktivitet havde eller kunne have en konkurrencebegrænsende virkning. Dette var nødvendigt for at hindre, at der blev skabt »uberettigede immunitetszoner«. Generaladvokaten afviste imidlertid, at dette kriterium kunne anvendes. Dette blev begrundet i, at kriteriet ville bevirke, at alle køb foretaget af staten, en statslig enhed eller forbrugere ville blive omfattet af konkurrencereglerne.

FENIN anførte endvidere Ambulanz Glöckner-dommen som støtte for sine argumenter, men generaladvokaten mente, at den nævnte afgørelse støttede Rettens holdning.

I Ambulanz Glöckner udelukkede Domstolen, at en offentlig myndigheds nægtelse af at give en transportvirksomhed en tilladelse kunne prøves med udgangspunkt i art. 81, idet den offentlige myndigheds beslutning om at nægte tilladelsen ikke anses for en økonomisk aktivitet, men derimod har til formål at regulere og organisere den økonomiske aktivitet. Generaladvokaten udtalte, at et køb i forlængelse heraf, hvis det er knyttet til udøvelsen af ikke-erhvervsmæssige funktioner, kan falde uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde.

I forbindelse med sin behandling overvejede generaladvokaten, hvordan spørgsmålet var reguleret i flere medlemsstater, og inddrog i den forbindelse særligt en afgørelse fra den engelske Competition Commission Appeal Tribunal i sagen BetterCare.<sup>21</sup> I denne sag var North & West Belfast Health & Social Services Trust (N&W) ved lov forpligtet til at levere plejeydelser og hjemmehjælp til ældre. N&W ejede en række plejehjem, hvoraf nogle blev administreret af private virksomheder. N&W blev af en af disse virksomheder (BetterCare) beskyldt for at misbruge sin dominerende stilling på markedet. Misbruget skulle bestå i, at N&W som den eneste aftager af BetterCare's ydelser havde tvunget BetterCare til at forlange alt for lave priser. Den engelske ret lagde vægt på, at N&W havde indgået kommercielle tjenesteydelsesaftaler med de private virksomheder, som administrerer plejehjem, hvilket betød, at N&W's aktiviteter har økonomisk karakter. Afgørelsen har ikke umiddelbart nogen betydning for anvendelsen af de fælleseuropæiske konkurrenceregler, men der var tale om en situation, der i et vist omfang lignede FENIN, så nogen inspiration kan muligvis hentes. Den engelske afgørelse er endvidere anvendt som modstykket til FENIN af nogle af kommentatorerne til FENIN.

<sup>21</sup> Sag nr. 1006/2/1/01 [2002] Competition Appeal Reports 299.

Domstolen var i høj grad enig med Retten og udtalte, at begrebet »virksomhed« i forbindelse med EU's konkurrenceregler omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde. Domstolen var ligeledes enig med Retten i, at det er den virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet erhvervsmæssig virksomhed. Domstolen gentog Rettens udtalelser i den appellerede doms præmis 36, at køb ikke kan adskilles fra den efterfølgende brug af produktet, med henblik på at vurdere karakteren af indkøbsvirksomheden, og at det er karakteren af den efterfølgende aktivitet (økonomisk eller ikke-økonomisk), der bestemmer, om køb skal ses som økonomisk aktivitet og dermed som del af virksomhedsdrift.<sup>22</sup> Domstolen forkastede herefter FENINs eneste anbringende til støtte for appellen.

## 5. Kommentarer til afgørelserne

Der er tale om en afgørelse, som potentielt kunne få stor betydning for de offentlige myndigheder inden for fællesskabet. Afgørelsen har derfor været ventet med nogen spænding, og resultatet har da også skuffet forventningerne visse steder i litteraturen.<sup>23</sup> Det må overordnet antages, at afgørelsen er helt korrekt. Grundlaget for denne vurdering vil blive fremdraget i det følgende sammen med de vægtigste argumenter i diskussionen. Overordnet synes kritikken af afgørelsen at se bort fra det helt overordnede billede og udgangspunktet for anvendelsen af konkurrencereglerne, nemlig at disse regler er rettet mod virksomheder.

Der tages udgangspunkt i de centrale argumenter, som spørgsmålet vedrører, herunder effekten af offentlige indkøbsforanstaltninger, sammenkædnin-gen af indkøbet og den efterfølgende anvendelse af produktet, samt praktiske problemer forbundet med vurderingen. Endvidere kan også andre forhold være relevante i diskussionen af Domstolens resultat, herunder det generelle og overordnede syn på det offentlige som aktør på markedet.

<sup>22</sup> FENIN, præmis 26. I det følgende fokuseres udelukkende på den del af sagen, der vedrører spørgsmålet, om enkeltstående indkøb kan medføre, at en offentlig myndighed kategoriseres som en virksomhed. Vurderingen af, om NSS' generelle aktiviteter var økonomiske aktiviteter, hvilket ville medføre, at NSS ville være en virksomhed, behandles ikke nærmere her.

<sup>23</sup> Se eksempelvis *Ronit Kreisberger*, i *Public Procurement Law Review*, 2006, NA 214, hvor det udtales om Domstolens afgørelse, at »This eagerly awaited judgement is something of a damp squib both in its absence of reasoning for upholding the Court of First Instance's approach to the first limb of the appeal and in its failure to address the second limb.«

### 5.1. Sammenkoblingen og forholdet mellem køb og salg

Det afgørende kritikpunkt i forhold til FENIN-afgørelsen synes at være, at køb i sig selv fritages for at kunne være en økonomisk aktivitet. Der er kun tale om en økonomisk aktivitet, såfremt den efterfølgende aktivitet er økonomisk, og enheden dermed på baggrund af den efterfølgende aktivitet kan kategoriseres som en virksomhed.

Kritikken går dels på, at der sondres mellem køb og salg på denne måde, og dels på, at der sker sammenkobling mellem de to typer af aktiviteter.

I relation til det første kritikpunkt har det med henvisning til BetterCare-sagen (se ovenfor i afsnit 4.1.) været anført, at »buying was just as much part of a commercial transaction as selling, at least where the public body is a major player. In FENIN, the ECJ, on the other hand, confirmed that the entity also had to be involved in selling the goods or services that it purchased, given the fact that neither activity could be dissociated from the other.«<sup>24</sup> Det kan naturligvis ikke bestrides, at køb og salg unægteligt hænger sammen, og at der således er en vis balance mellem de to aktiviteter. Det må dog samtidig anføres, hvilket overses i ovenstående citat, at der på markedet er en tydelig forskel i den betydning, som køber henholdsvis sælger har. Det fremgår tydeligt af bl.a. praksis vedrørende art. 82, at det oftest er sælgers adfærd, som er den konkurrencepåvirkende. Illustrerende for dette kan være praksis omkring kontraheringsnægtelse, hvor det stort set altid er sælger, som kan pålægges pligt til at kontrahere. Baggrunden for at fokusere på salget som den kendetegnende aktivitet ses endvidere derved, at på markeder, hvor der både optræder virksomheder, offentlige instanser samt private forbrugere, så vil det udelukkende være virksomhederne, som agerer som sælgere, hvorimod ikke-erhvervsdrivende udelukkende (eller i hvert fald klart oftest) optræder i rollen som købere. Også dette indikerer, at fokus på salg som den afgørende aktivitet udtrykker en fornuftig og rationel tilgang til problemet.

Der er visse situationer, hvor købers position har en sådan betydning, at køb kan anses at være den afgørende disposition, eksempelvis i forbindelse med såkaldte købermonopoler, men disse spiller ikke en tilnærmelsesvis så vigtig rolle som sælgerdominans og -monopoler. Den sjældne frekvens af sådanne købermonopoler, sammen med det forhold, at offentlige købermonopoler allerede er underlagt en markedsræssig regulering (udbudsreglerne og ofte reglerne om de frie bevægeligheder),<sup>25</sup> må antages at medføre, at eksi-

<sup>24</sup> *Catriona Munro*: Competition Law and public procurement: two sides of the same coin, i *Public Procurement Law Review*, 2006, 352 ff.

<sup>25</sup> Denne regulering, der i forvejen normerer offentlige indkøb, ignoreres tilsyneladende af *Catriona Munro* i *Public Procurement Law Review*, 2006, s. 352.

stensen af sådanne ikke bør betyde, at fokus flyttes fra salg til køb, eller at køb i sig selv kan tillægges samme selvstændige betydning som salg.

I sagen og i kommentarene hertil synes der at være fokus på, at der er tale om køb, og at den karakteristiske disposition i forbindelse med erhvervsvirksomhed er salget. Hermed kan der hurtigt opstå den misforståelse, at hvor en offentlig myndighed foretager et salg, så vil dette *automatisk* medføre, at enheden vil være omfattet af konkurrencereglerne. Dette kan imidlertid ikke være tilfældet, idet der også må være situationer, hvor en ikke-virksomhed foretager salg, og hvor denne disposition ikke bør føre til, at en sådan enhed kvalificeres som virksomhed. Man kan eksempelvis forestille sig, at en offentlig enhed i forbindelse med omstrukturering af aktiviteter har behov for at sælge ud af materiel. Dette salg er tydeligvis ikke kommercielt, idet det ikke indgår i en kæde af aktiviteter med hensigt på at købe og sælge sådanne produkter. Derimod er der tale om en »oprydning« med henblik på at tilpasse inventaret til de konkrete aktiviteter, som enheden har ansvaret for. I disse tilfælde kan et salg fuldstændigt sidestilles med et køb af den type, som er omhandlet i FENIN-sagen, og dermed vil det være forkert at opfatte enheden som en virksomhed på baggrund af salget. Den korrekte fremgangsmåde ved vurderingen af offentlige enheders dispositioner må derfor være, om køb henholdsvis salg indgår i en kommerciel sammenhæng.<sup>26</sup>

## 5.2. Effekten af offentlige indkøb kan være konkurrencebegrænsende

Det er anført af *Catriona Munro* i artiklen »Competition Law and public procurement: two sides of the same coin«<sup>27</sup>, at de økonomiske effekter burde være afgørende for, hvorvidt der skal ske anvendelse af konkurrencereglerne. I overensstemmelse hermed burde konkurrencereglerne således anvendes, såfremt der opstår konkurrencebegrænsende effekter på baggrund af et offentligt indkøb. *Munro* henviser i den forbindelse til BetterCare-sagen fra England (se ovenfor i gennemgangen af generaladvokatens forslag). Problemet med at vælge en effekt-vurdering er flerfoldig. For det første vil en lang række offentlige indkøb ikke have nogen større betydning, i hvert fald ikke på fælleseuropæisk niveau. En række undersøgelser har vist, at disse indkøb ikke har den helt store virkning, og hvis vi er på et niveau (rent økonomisk), hvor

<sup>26</sup> Ofte er det sælgers forhold, som vurderes efter bestemmelsen i art. 82, som oftest vil være den, som kan anvendes i disse situationer. Derfor vil det naturligvis være vigtigt at foretage en grundig vurdering af, om salget skal ses i en kommerciel sammenhæng. Sondringen er ikke vanskelig, idet det enten kan ses som ét i en række af salg, eller hvis det har relation til et eller andet produktionsapparat (af enten varer, eller mere typisk, tjenesteydelser).

<sup>27</sup> Se Public Procurement Law Review, 2006, s. 352.

disse aftaler må antages at have interesse, så vil der være andre regler, som i udgangspunktet regulerer situationen, primært EU's udbudsregler (direktiv 2004/18/EF) og traktatens regler om de frie bevægeligheder. På denne baggrund ser problemet ud til at være forholdsvist lille, idet konkurrencehensyn allerede varetages (i hvert fald i et vist omfang gennem udbudsdirektivet).

For det andet kan henvises til generaladvokatens kommentarer i sit forslag til afgørelse punkt 66, hvori generaladvokaten påpeger, at den økonomiske teori viser, at tilstedeværelsen af et købermonopol kun i mindre grad udgør en fare for konkurrencen, idet et købermonopol ikke nødvendigvis har følger for down stream-markedet. Endvidere har en virksomhed, der udgør et købermonopol, ingen interesse i at lægge et sådant pres på sine leverandører, at disse tvinges væk fra up stream-markedet.

Argumentet om, at det afgørende bør være, om det pågældende organ har en effekt som svarer til den, som virksomheder kan have eller som konkurrencereglerne søger at imødegå, synes ikke overbevisende, allerede da argumentet synes cirkulært.<sup>28</sup> Endvidere fjerner argumentet fokus fra den hidtidige og reelle vurdering af, hvad der kan betragtes som en virksomhed.

Et forhold, der kunne tale imod, at effekten skulle være afgørende, er, at der er stor forskel på effekten af indkøb foretaget af en offentlig myndighed, henholdsvis en privat forbruger. Oftest vil offentlige enheders indkøb på et marked indebære større beløb, end det er tilfældet for private forbrugere. Dette er imidlertid en vanskelig grænse at anvende, idet små indkøb foretaget af en offentlig enhed i visse situationer ikke vil være større end de største indkøb foretaget af private enheder. Huskøb og bilkøb har typisk en sådan størrelse, at disse overgår mange mindre offentlige dispositioner. Det ville i sådanne situationer være vanskeligt at skelne den ene type af disposition fra den anden, idet det, som vist, er svært at anvende den økonomiske værdi af det købte som retningslinje for, hvilken type af enhed, som skal være omfattet, og hvilken type, som ikke skal være omfattet.

Den endelige konsekvens af en ren effektvurdering og en lav bagatelgrænse ville blive, at private forbrugere ligeledes i princippet ville være i fare for at blive underlagt konkurrenceregler, afhængig af værdien af deres økonomiske dispositioner.

Effekten af konkurrencebegrænsende dispositioner er i forvejen underlagt en effektgrænse. For enkelte virksomheders dispositioner kræves det, at der er tale om dominans, hvor der i forbindelse med aftaler (dvs. flere virksom-

<sup>28</sup> Se også *Catriona Munro*: »The BetterCare decision takes a common sense approach, although reliance on whether purchasing can generate effects on competition is arguably a circular approach, effectively bypassing the »undertaking« criterion.« *Public Procurement Law Review*, 2006, s. 352.

heder i fællesskab) er fastsat nogle grænser baseret på de deltagende virksomheders markedsandele.

### 5.3. Praktiske problemer forbundet med den valgte metode

Andre argumenter har været baseret på, at Domstolens resultat i FENIN-sagen medfører praktiske vanskeligheder ved anvendelsen. Et konkret udtryk for de praktiske problemer skulle være at foretage en sondring mellem forskellige dele af en offentlig enhed, hvor denne enhed har såvel erhvervsrelaterede som myndighedsrelaterede aktiviteter. *Ronit Kreisberger* udtaler: »The judgment does not provide any guidance as to how this will play out in practical terms in respect of public bodies performing a hybrid of economic and non-economic activities.«<sup>29</sup> Kreisberger henviser til generaladvokatens udtalelser om de praktiske vanskeligheder og påpeger, at Maduro nok har under vurderet de afgrænsningsproblemer, som myndighed-virksomhed-hybridene kan medføre. Trods generaladvokatens noget beherskede bekymring over de praktiske problemer forbundet med afgrænsningen af konkurrencereglernes anvendelse erkender denne dog, at det kan være vanskeligt at adskille økonomiske aktiviteter fra ikke-økonomiske aktiviteter, når de udøves af samme organ. Maduro påpeger dog samtidig, at dette ikke ændrer kriteriet for anvendelse af konkurrencereglerne, dvs. kriteriet om udøvelse af økonomisk aktivitet. Generaladvokaten påpeger, at kriteriet nødvendigvis indebærer, at enheder, der udøver blandede funktioner, udelukkende er omfattet af konkurrencereglerne for den del af deres aktiviteter, der har økonomisk karakter. Såfremt appellansens tankegang blev fulgt, vil et organ, der udøver en økonomisk aktivitet, være omfattet af konkurrencereglerne for samtlige aktiviteter vedkommende. Generaladvokaten understregede, at en sådan fremgangsmåde vil være i strid med den funktionelle definition af begrebet virksomhed, som dette begreb ses i retspraksis.

Kreisbergers kritik om, at der kan opstå afgrænsningsproblemer kan ikke afvises, men det må konstateres at have mindre betydning og vil derfor reelt ikke være afgørende ved valg af metode. Kreisbergers kritik har mindre betydning, fordi der også ved anvendelse af konkurrencereglerne på indkøb foretaget af (bl.a. offentlige) enheder, der ikke ellers udøver erhvervsvirksomhed, vil være afgrænsningsproblemer – og disse vil være af en art, som vil være vanskelige at afgrænse. Et af disse spørgsmål kunne være, hvornår konkurrencereglerne rent tidsmæssigt finder anvendelse i forbindelse med ek-

<sup>29</sup> Public Procurement Law Review, 2006, NA 214.

sempelvis offentlige myndigheders indkøb.<sup>30</sup> Anvendes konkurrencereglerne fra tidspunktet for den offentlige enheds første overvejelser om det konkrete indkøb?, er det fra der iværksættes et udbud (hvis der iværksættes et sådan), eller er det fra det tidspunkt, hvor aftalen indgås? På samme måde kunne man spørge, hvilke enheder der skulle omfattes af denne udvidede virksomhedsdefinition. Blandede offentlige og private enheder, foreninger, private personer? Der vil være flere afgrænsninger, som nødvendigvis skal foretages, og flere af disse vil være mere fremmede i regi af konkurrencereglerne, end den sondring mellem aktiviteter, som Kreisberger beskriver som et stort problem.

#### **5.4. Indkøb som ikke-økonomisk aktivitet (traditional functions og forbrugersynspunktet)**

Baggrunden for, at offentlige indkøb i den nævnte sag ikke anses at udgøre økonomisk aktivitet, er, at aktiviteten ikke relaterer sig til virksomhedsdrift, men derimod enten relaterer sig til en forbrugerrolle, eller at det offentlige indkøb har sammenhæng med det offentliges aktiviteter som myndighedsudøver. Som det fremgår af FENINs argumentation i sagen og af kommentarerne til dommen, accepteres disse synspunkter ikke umiddelbart af alle. At sådanne tilgange kan have merit, illustreres i det følgende ved eksempler fra andre retsregler.

Som støtte for, at offentlige indkøb ikke anses som en økonomisk aktivitet, kunne anføres en generel konsumtionsfrihed. Selv om Domstolen ikke udtrykker sig i sådanne termer, så kan det ikke udelukkes, at forbrugersynspunktet (implicit) spiller en rolle.<sup>31</sup>

Konsumptions- eller forbrugerfriheden anses traditionelt som en af de bærende friheder eller rettigheder bag markedsretten.<sup>32</sup> Konsumtionsfriheden dækker over det forhold, at forbrugerne har mulighed for frit at vælge mellem de produkter, som findes på markedet. I relation til offentlige myndigheder kan en forbruger defineres således, at der er tale om en markedsdeltager, som køber til eget brug uden for sit erhvervsmæssige aktivitetsområde.

I relation til offentlige indkøb opstår den situation ofte, at det offentlige indtræder i forbrugers rolle. I overensstemmelse med konsumtionsfriheden ville det indebære, at offentlige enheder i sådanne situationer ikke er bundet af konkurrencereglerne.

<sup>30</sup> Det er en forudsætning i denne forbindelse, at konkurrencereglerne udelukkende skulle anvendes på selve de økonomiske aktiviteter (indkøb, salg), og ikke på de øvrige aktiviteter, som enheden foretager (eksempelvis myndighedsudøvelse).

<sup>31</sup> Se også generaladvokat Maduros forslag til afgørelse, punkt 64 og henvisning til forbrugersynspunktet i C-180/98 og C-184/98, Pavlov.

<sup>32</sup> Se *Bernitz*: Marknadsrätt, s. 26 ff.



Forbrugersynsvinklen kan endvidere (i et vist omfang) overføres til den indgangsvinkel, som den ordregivende myndighed har i relation til et konkret indkøb; det er sælgeren, som har den faglige viden og dermed ligeledes det faglige overtag og den styrkede position, som dette måtte give i forholdet mellem køber og sælger. Der er dog også forhold, som medfører, at forbrugervinklen nok ikke kan gennemføres fuldt. Eksempelvis har den offentlige myndighed en regulerings- eller forvaltningsmagt,<sup>33</sup> som den almindelige forbruger ikke har, ligesom størrelsen af indkøbene jo typisk har et andet omfang end private forbrugeres indkøb, og med den øgede størrelse af indkøbene følger også en anden magt på det marked, hvorpå man agerer (om effekten af disse to typer af indkøb, se ovenfor i afsnit 5.2.). Selv om forbrugeranalogien ikke kan gennemføres fuldt, så giver den dog så meget mening, at den kan anvendes som støtte for Domstolens konklusion.

Det må antages, at konsumptionsfriheden ligger implicit i afgrænsningen af konkurrencereglerne anvendelse. Da forbrugere ikke er virksomheder, vil de ikke være omfattet af konkurrencereglerne. Øvelsen i forbindelse med offentlige enheder består herefter i at vise, at offentlige enheder i forhold til markedsdeltagelse kan karakteriseres som forbrugere.

Selv om det offentliges indkøb i visse situationer sandsynligvis kan sidestilles med forbrugeradfærd og i andre situation er sidestillet med erhvervsdrift, eksempelvis ved kommunale fællesskabers indkøb af produkter til anvendelse i forbindelse med fællesskabets erhvervsaktiviteter, så sker flertallet af offentlige indkøb imidlertid hverken med henblik på efterfølgende erhvervsdrift eller som forbrugerindkøb, hvor det offentlige er slutbruger. Den største del af de offentlige indkøb foretages med henblik på produkternes og tjenesteydelsernes anvendelse i forbindelse med det offentliges funktion som forvaltningsmyndighed. Således kan der tales om en mellemform, hvor der er tale om en professionel aktivitet, men ikke egentlig erhvervsdrift.

De tre kategorier kan skitseres således:

1. Markedsdeltagelse vedrørende anskaffelse til erhvervsdrift.
2. Markedsdeltagelse vedrørende anskaffelse til offentligretlige aktiviteter.
3. Markedsdeltagelse vedrørende anskaffelse til eget forbrug.

<sup>33</sup> Denne magt har ikke nogen direkte betydning i forbindelse med selve indkøbet, men det kan ikke udelukkes, at virksomhedernes syn på offentlige enheder generelt er anderledes end synet på andre (almindelige) forbrugere, idet ordregiver på baggrund af denne magtbase kan stå stærkere i relation til andre aspekter af forholdet mellem den offentlige myndighed og virksomheden.

Den situation, hvor den offentlige enhed ikke agerer som egentlig forbruger, men som professionel ikke-erhvervsdrivende, er behandlet i flere retssystemer, i amerikanske ret under benævnelsen *traditional functions*.

Praksis omkring »*traditional functions*« (eller »*traditional governmental functions*«) tager sit udspring i forfatningens *commerce clause* (se nedenfor).<sup>34</sup> Som det ses i det følgende, spiller en afart af *traditional functions* ligeledes en rolle inden for WTO. *Traditional functions*-teorien går ud på, at visse funktioner (*traditional functions*) er undtaget fra forbuddet i *commerce clause* i det omfang, hvor bestemmelsen hæmmer muligheden for at varetage disse funktioner. De funktioner, der er tale om, er typisk funktioner, som er nødvendige for at kunne varetage hensynet til den offentlige sundhed, politi og brandvæsen mv.

*Commerce clause* findes i den amerikanske forfatning i Art. I, sec. 8. Bestemmelsen kan i et vist omfang sammenlignes med de regler, vi kender fra bestemmelserne om de frie bevægeligheder, eksempelvis Traktatens art. 28, 39, 43 og 49. En fast del af den praksis, som primært den amerikanske Supreme Court har formet vedrørende *commerce clause*, er praksis vedrørende offentlige myndigheders indkøb og sådanne aktiviteter undtagelse fra forbuddet mod at opstille hindringer for den mellemstatslige samhandel. Denne undtagelse benævnes *market participant-doktrinen*.

I forbindelse med etableringen af *market participant-doktrinen* har det været et vægtigt argument, at der bør være forskel på reguleringen af det offentlige adfærd, alt efter i hvilken sammenhæng det offentlige deltager på markedet. Denne praksis blev grundlagt i sagen *National League of Cities v. Usery*. I sagen behandlede en amerikansk føderal bestemmelse, *the Fair Labor Standard Act*, som havde til formål at sikre bl.a. minimumsløn og overarbejdsregler for ansatte i stort set alle offentligretlige organer i medlemsstaterne. Lovens overensstemmelse med *commerce clause* blev prøvet af Supreme Court, som fastslog, at »Insofar as the 1974 amendments operate directly to displace the States' abilities to structure employer-employee relationships in areas of traditional governmental functions, such as fire prevention, police protection, sanitation, public health, and parks and recreation, they are not within the authority granted Congress by the Commerce Clause.« Denne retsstilling var gældende i et årti, men blev overruled af *Garcia-sagen*. I denne sag påstod *San Antonio Metropolitan Transit Authority (SAMTA)*, som havde ansvaret for størstedelen af den offentlige transport i San Antonio, at organisationen var undtaget fra den samme lov, som blev prøvet i *National Lea-*

<sup>34</sup> Resten af dette afsnit er baseret på *Michael Steinicke: Varesnes frie bevægelighed og offentlige indkøb*, s. 71 ff.

gue of Cities – The Fair Labor Standard Act. I modsætning til i National League of Cities fastslog Supreme Court denne gang, at det, der var blevet kendt som traditional governmental functions-doktrinen, ikke længere var gældende ret. Garcia-sagen er både set som støtte for og bevis mod market participant-doktrinen.<sup>35</sup> *Coenen* fortolker sagen således, at Supreme Courts bemærkninger specifikt omhandler »traditional governmental functions«, og at domstolen med sagen udelukkende afviser at undtage denne type foranstaltninger fra commerce clause. Da market participation imidlertid er den diametrale modsætning af »traditional governmental functions«, anser *Coenen* Garcia-dommens afvisning af traditional governmental functions som en stadfæstelse af market participant-doktrinen. I modsætning hertil ser *Kellett* og *Manheim* Garcia-sagen som et opgør med market participant-doktrinen. Disse forfattere læser sagen således, at de betragtninger, Supreme Court gør, er generelle for alle potentielle foranstaltninger, således også for offentlige myndigheders deltagelse på markedet. »It relies on dichotomy between sovereign and proprietary functions similar to that which guided past-age federalism under National League of Cities. The dichotomy and its vision of federalism were both discarded in Garcia.«<sup>36</sup> I det omfang opgøret med traditional governmental functions-doktrinen ligeledes er et opgør med sondringen mellem statens proprietary functions på den ene side og governmental functions på den anden side, forsvinder fundamentet for at undtage markedsdeltagelse fra commerce clause. *Kellett* konkluderer: »It is time for the Supreme Court to abandon the market participant doctrine. There is no legitimate theoretical basis for the doctrine: it is not based on state sovereignty or autonomy because it applies only to proprietary actions; states are not analogous to private parties because they are motivated by political rather than profit considerations; the doctrine is antithetical to the constitutional values of a unified market and free access to resources; and a state should not assume the role of a discriminator except in extraordinary circumstances.«<sup>37</sup> Selv om afgørelsen kan læses på begge måder, har Garcia formentlig ikke ændret market participant-doktrinen, hvilket understøttes af senere sager, hvor market participant-doktrinen anvendes.

En tilsvarende holdning som den der fremgik af Supreme Courts afgørelse i National League of Cities, kan nok ses i WTO's regler om state trading enterprises. I General Agreement on Tariffs and Trade, art. XVII, stk. 1, fastslås

<sup>35</sup> Om forholdet mellem Garcia-sagen og market participant-doktrinen, se *Kellett*, *Temple Environmental Law and Technology Review*, 1990, s. 177, *Coenen*, *Michigan Law Review*, 1989, s. 428 samt *Manheim*, *Arizona State Law Review*, 1990, s. 601.

<sup>36</sup> *Manheim*, *Arizona State Law Review*, 1990, s. 562.

<sup>37</sup> *Kellett*, *Temple Environmental Law and Technology Review*, 1990, s. 180.

det, at virksomheder, som er offentlige eller som er tildelt privilegier, skal handle ikke-diskriminerende. Dette indebærer bl.a., at virksomhederne skal foretage deres indkøb ud fra kommercielle betragtninger. Bestemmelsen har en undtagelse i stk. 2, hvori det fastslås, at stk. 1 ikke finder anvendelse, hvor offentlige virksomheder eller privilegerede virksomheder *foretager køb til umiddelbar eller endelig anvendelse i forbindelse med myndighedsudøvelse*. Bestemmelsen må nok forstås således, at hvis produkterne som købes, skal anvendes i forbindelse med udførelsen af de traditionelle opgaver, som kendetegner offentlige myndigheder, så er der ikke nogen pligt til at skulle overholde bestemmelsen i stk. 1. Undtagelsen i stk. 2 vil formentlig sjældent være anvendelig for privilegerede virksomheder, da disse ofte vil være almindelige handelsvirksomheder, som ikke udøver aktiviteter, som har karakter af myndighedsudøvelse («governmental use» i den engelske version af traktatteksten).

Det skal samtidig påpeges, at WTO-reglerne om offentlige indkøb, Government Procurement Agreement (GPA), ikke indeholder en tilsvarende bestemmelse. Dette betyder, at såfremt en offentlig enhed er omfattet af disse licitationsregler, skal procedurereglerne i disse regler følges, hvor der foretages indkøb. I disse situationer kan der således ikke ske undtagelse via art. XVII, stk. 2.

### **5.5. Afgørelsen i lyset af EF-traktatens systematik**

I relation til Traktatens systematik er der to forhold, som gør sig gældende. For det første er der grund til at overveje den helt basale og principielle systematik, der som udgangspunkt har været opretholdt i flere årtier, og som dækker over nogle helt fundamentale overvejelser, som kun i begrænset omfang er ændret i de senere år. For det andet er der nogle rent praktiske forhold, som (ligesom de principielle forhold) bør pege i retning af, at Domstolens resultat er det rigtige.

Det fremgår af EF-domstolens praksis, at når det offentlige foretager indkøb, er disse aktiviteter omfattet af reglerne om de frie bevægeligheder.<sup>38</sup>

Såfremt offentlige indkøb blev betragtet som økonomisk aktivitet og dermed skulle respektere konkurrencereglerne, ville dette medføre, at offentlige indkøb var omfattet af både EF-traktatens regler om den frie bevægelighed og konkurrencereglerne – noget som må anses at være i strid med intentionen bag traktatens systematik. Udover det formelle rod, der ligger i at anvende begge disse regelsæt (som er tiltænkt meget forskellige situationer) på ind-

<sup>38</sup> Se bl.a. sag 31/87, Kommissionen mod Irland (Dundalk), C-243/89, Kommissionen mod Danmark (Storebælt), C-353/93, Kommissionen mod Holland (UNIX), C-324/98, Tel-austria, m.fl.

købssituationen, vil det heller ikke være hensigtsmæssigt at lade så forskelligartede regler anvende på den samme situation.

Med henblik på at illustrere en generel pointe antages det i det følgende, at der på det overordnede plan er to typer af generelle markedsretlige bestemmelser, som regulerer adfærden på og omkring det indre marked: 1) konkurrencereglerne og 2) reglerne om de frie bevægeligheder. Ud fra disse bestemmelsers opbygning, indhold, placering i traktaten, ordlyd, mv. er det tydeligt, at de er tiltænkt anvendt på forskellige situationer. Konkurrencereglerne omfatter erhvervsvirksomheder, hvor reglerne om de frie bevægeligheder omfatter offentlig myndigheds- og forvaltningsadfærd. Denne opbygning er fundamentet for reguleringen af det indre marked, og sontringen fremstår da også tydeligt i størstedelen af Domstolens praksis. Der er imidlertid enkelte eksempler på opbrud af denne opdeling. De tydeligste eksempler herpå er, at Domstolen i enkelte sager har ladet reglerne om den frie bevægelighed anvende på private virksomheder (se C-281/98, Angonese) og ladet konkurrencereglerne anvende på offentligretlig regulering (se eksempelvis sag 267/86, Van Eycke og C-2/91, Meng, og den senere C-198/01, CIF).<sup>39</sup> Disse afgørelser kan formentlig ikke ses som tegn på nogen egentlig opbrudstendens i traktatens systematik.

Endvidere, og dette har sammenhæng med de principielle forhold, jf. umiddelbart ovenfor, så er det generelt et praktisk problem, at man anvender bestemmelser, som tydeligt er udformet til anvendelse på en bestemt type af organer (private virksomheder) på en anden type organ (offentlig enhed).

I relation til konkurrencereglerne kunne det anføres, at disse regler ikke er udformet med henblik på anvendelse i forbindelse med enkeltstående indkøbsdispositioner. Indledningsvist er der tale om en enkelt enheds dispositioner, hvorfor anvendelse af art. 81 som udgangspunkt er udelukket. Dernæst vil det være vanskeligt at komme igennem med dominansbetragtninger i forbindelse med sådanne aktiviteter.

Endvidere kan der argumenteres for, at den type adfærd, som forbydes efter art. 82, ikke er identisk med den adfærd, som ligger i offentlige indkøb. Der er ikke nogen af de typeeksempler på overtrædelser, som opstilles i art. 82, som relaterer sig til den type adfærd.

I relation til reglerne om de frie bevægeligheder, så indeholder disse som udgangspunkt et diskriminationsforbud, suppleret med et restriktionsforbud, hvor sidstnævnte ikke er absolut. Den type handlinger, som reglerne om de frie bevægeligheder retter sig mod, er positive handlinger foretaget af offent-

<sup>39</sup> Disse sager er dog ikke støttet på art. 81 og 82 alene, men derimod også på art. 10 (loyalitetsskikprincippet) og art. 3, litra g).

lige myndigheder i medlemsstaterne. Dette betyder, at bestemmelserne om de frie bevægeligheder har været tiltænkt som og anvendes som et handlingsforbud, dvs. det er forbudt at handle på en diskriminerende måde. Den typiske overtrædelse er lovregulering, som tegner sig for størstedelen af praksis på dette område. De problemstillinger, som giver de største problemer i forbindelse med offentlige indkøb, er, at den offentlige myndighed ikke foretager en konkurrenceåbning, dvs. at de *ikke* handler (på den ønskede måde). Her anvendes reglerne om de frie bevægeligheder på helt anden måde, nemlig ved brugen af et undladelsesforbud, dvs. et forbud mod *ikke* at foretage nærmere bestemte handlinger. Hvis bestemmelserne om de frie bevægeligheder undersøges nærmere, fremgår det, at disse bestemmelser ikke (uden en omfattende udvikling gennem Domstolspraksis) er egnede til at varetage denne type problemstilling.

Uanset, at reglerne om de frie bevægeligheder i udgangspunktet ikke er oplagt til anvendelse på offentlige indkøb, så må det antages, at disse dog er mere egnede end konkurrencereglerne.

Der kan argumenteres for, at offentlige indkøb hverken passer ind i den ene eller den anden reguleringssituation (de frie bevægeligheder eller konkurrencereglerne), idet der er tale om en situation, som adskiller sig markant fra de typesituationer, som begge disse regelsæt anvendes på. Dette forhold, at der er tale om en skæv situation i forhold til begge regelsæt kan naturligvis også medføre, at der er usikkerhed om, hvorvidt begge regelsæt kan anvendes, jf. FENIN-sagen.

I afsnit 2 ovenfor foretages en placering af konkurrencereglerne i forhold til den traditionelle sondring mellem offentlig ret og privatret. I det omfang man baserer sig på subjektteoriene, peger disse i retning af, at konkurrenceretten falder inden for den private ret, hvorimod anvendelsen af interesseteoriene giver et mere uklart billede. I relation til reglerne om de frie bevægeligheder, peger pilen i en anden retning. Disse bestemmelser rettes mod offentlig myndighedsudøvelse og forvaltningsaktiviteter, hvorfor de efter subjektteoriene må siges at tilhøre den offentlige ret. I samme retning peger formentlig en vurdering baseret på interesseteoriene, idet de grundlæggende hensyn bag reglerne er etableringen og sikring af det indre marked, selvom dette billede ikke er entydigt. Eksempelvis sikrer reglerne om personernes frie bevægelighed visse rettigheder for alle arbejdstagere i EU. Interessant bliver det imidlertid, når situationen omkring offentlige indkøb inddrages. Der er her tale om en privatretlig adfærd (deltagelse på markedet) foretaget af en offentligretlig enhed (oftest en forvaltningsmyndighed), hvor billedet allerede her sløres en smule. Da adfærden (og ikke enhedens karakter) vil have stor tyngde i denne forbindelse, peger dette i retning af det privatretlige. For-

holdet er imidlertid det, at det offentlige som markedsaktør ikke umiddelbart kan tænkes at agere helt som en privat enhed i samme situation. Dette skyldes, at det offentlige tankesæt traditionelt ikke er styret af de markedsøkonomiske hensyn, som oftest anses at være en forudsætning for at kunne agere hensigtsmæssigt på markedet. Derimod præges den offentlige adfærd af de tankemønstre, som også i det offentlige andre funktioner (primært som forvaltningsmyndighed) er afgørende, nemlig forhold som varetagelse af sociale, miljømæssige og regionale/lokale hensyn. Såfremt denne antagelse om, at det offentlige tankemønstre lægges til grund (et tankesæt som bl.a. ligger til grund for vedtagelsen af EU's udbudsregler), kunne dette eventuelt ændre på antagelsen om, at en regulering burde ligge inden for den privatretlige sfære, blot fordi der er tale om en i udgangspunktet privatretlig disposition.

Såfremt både konkurrencereglerne og reglerne om de frie bevægeligheder anvendes samtidig, er der potentiale for praktiske problemer. Et potentielt problem opstår, hvis en bestemt adfærd er omfattet af forbuddet i en type af regler (konkurrencereglerne), men samme adfærd er fritaget på baggrund af andre regler (reglerne om de frie bevægeligheder). Domstolen vil utvivlsomt finde en løsning på eventuelle praktiske problemer, men dette ændrer ikke på, at anvendelse af begge regeltyper på samme problemstillinger er uhensigtsmæssigt.

Når vi bevæger os ud over Traktatens rammer, så vil konkurrencereglernes endvidere kunne kolliderer med direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet), som allerede fastsætter de nærmere regler for, hvordan offentlige enheder skal foretage deres indkøb af tjenester, varer og bygge- og anlægsarbejder.

Generaladvokat Maduro påpegede i forslaget til afgørelse i FENIN-sagen, at såfremt konkurrencereglerne ville finde anvendelse på offentlige indkøb, så ville udbudsreglerne miste deres effektive virkning. Dette kan ikke antages at være korrekt, da de to regelsæt anvendes meget forskelligt. Reglerne for offentlige indkøb regulerer for det første udelukkende aftaleindgåelsesproceduren og ikke indholdet af aftalerne, som er genstanden for art. 82. Hvis man ser på typeovertrædelserne som opregnes i art. 82, så er der kun i meget begrænset omfang overlap i forhold til udbudsreglerne.

## **5.6. Andre betragtninger**

Ovenstående diskussion vedrører primært offentlige enheder. Dette skyldes dels sagsforholdene i FENIN-sagen, dels at fokus på offentlige enheder holder linjerne rene i forhold til diskussionen af FENIN-sagen. I virkeligheden vil der være en lang række andre enheder, som i ligeså lille grad som offentlige myndigheder beskæftiger sig med virksomhedsdrift, og for hvem FENIN-sagens resultat kan være relevant. En lang række foreninger, sammenslutnin-

ger og andre grupper af personer, som også i forbindelse med deres fællesaktiviteter har behov for at foretage indkøb med henblik på at kunne udøve deres ikke-kommercielle aktivitet. For ikke at tale om private forbrugere. FENIN-sagens resultat vil i stort omfang også have værdi for sådanne enheders eller personers adfærd.

Endvidere kan der argumenteres for, at hele diskussionen i den pågældende sag er et udtryk for, at virksomhedsvurderingen tager et forkert udgangspunkt. Formuleringen i bestemmelseens ordlyd er, at konkurrencereglerne retter sig mod »virksomheder«. Dette begreb signalerer i sig selv en erhvervsrettet aktivitet. Da anvendelsen af begrebet efterlader en række afgrænsnings-spørgsmål over for aktiviteter, som i et vist omfang kan sammenlignes med virksomhedsdrift, er der behov for en metode til vurdering af tvivlsspørgsmål. En række af disse tvivlstilfælde er kort beskrevet ovenfor herunder de sager, som vedrører forsikrings- og pensionsordninger, se afsnit 4 ovenfor. I denne forbindelse har det været et fornuftigt skridt at anvende en sammenligningsmetode baseret på økonomisk aktivitet. Hvis det i FENIN-sagen omhandlede spørgsmål var blevet vurderet direkte på baggrund af begrebet *virksomhed* (og ikke hjælpe-begrebet økonomisk aktivitet), er der formentlig nok ikke den helt store tvivl om, at en offentlig enheds enkeltstående dispositioner på markedet ikke gør enheden til en virksomhed.

Hvis de grundlæggende forhold skal have betydning, må der også ses på det forhold, at uanset hvilke enheder, der er tale om, så vil der altid være behov for at foretage indkøb, såfremt der bare afholdes et minimum af aktiviteter i regi af enheden. Dette uanset om det er en mindre fodboldklub, en kommune, en frimærkesamlerforening eller en privat husholdning. Set i dette lys er det afgjort relevant at foretage den sondring, som er foretaget af Retten og Domstolen, men som kritiseres af kommentatorer. Hvis offentlige indkøb i sig selv kunne være omfattet af konkurrencereglerne, ville ingen type af enhed være undtaget fra disse regler.<sup>40</sup> Dette vil klart være i strid med intentionen bag konkurrencereglerne.

## 6. Konklusion

Domstolens tilgang til spørgsmålet, om en offentlig enhed kan ses som en virksomhed, må siges at være fornuftig. Selv om en afgørelse i anden retning, dvs. hvor almindelige indkøb ville blive betragtet som økonomisk aktivitet, nok vil have begrænset betydning i mange indkøb, så er det alligevel meget vigtigt, at der er taget stilling til dette principielle spørgsmål. Såfremt resulta-

<sup>40</sup> De ovenstående enheder ville formentlig være undtaget fra de EU-retlige konkurrenceregler pga. manglende effekt, men kunne potentielt være omfattet af nationale regler.



tet havde været et andet, ville man formentlig kunne forudse en række sager og en udvikling, som den man har set i relation til offentlige indkøb og traktatens regler om de frie bevægeligheder, idet anvendelsen af konkurrencereglerne på offentlige indkøb (og offentlige myndigheder) ville nødvendiggøre en tilpasning af konkurrencereglernes normale anvendelse på offentlige indkøb.