

Hans Viggo Godsk Pedersen (red.)

Juridiske emner  
ved  
Syddansk Universitet  
2009



Jurist- og Økonomforbundets Forlag  
2009

*Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2009*

1. udgave, 1. oplag

© 2009 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: Bo Helsted

Tryk: Narayana Press, Gylling

Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2009

ISBN 978-87-574-2076-0

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
Skattefrie boliger <i>Professor, cand.jur., ph.d., Jane Bolander</i> .....	10
First North-selskaber og informationsforpligtelsen til markedet <i>Professor, lic.jur., Nis Jul Clausen LL.M.</i> .....	23
Regionale handelsaftaler og WTO <i>Lektor, cand.jur., ph.d., Bugge Thorbjørn Daniel</i> .....	37
Straffelovens § 51, stk. 3 – vinding eller betalingsevne? <i>Lektor, cand.jur., ph.d., Thomas Elholm</i> .....	54
Dine, mine og vore pirater – Et indblik i juridiske (og andre) problemstillinger i forbindelse med bekæmpelse af pirateri i internationale farvande <i>Lektor, dr.jur. (tysk titel), Birgit Feldtmann og lektor, dr.juris (norsk titel), Kristina Siig</i> .....	68
Skatterettens hædersgavebegreb <i>Adjunkt, skatterevisor, ph.d., Jane Ferniss</i> .....	83
Dannelsen af retlige assistanceprojekter til Østeuropa: USA og EU og to forskellige retlige og statslige eksportstrategier <i>Lektor, cand.jur., ph.d.(soc.), Ole Hammerslev</i> .....	108
Ledelsesstrukturen i danske aktieselskaber efter 2009-reformen af aktie- og anpartsselskabsloven <i>Professor, lic.jur., Søren Friis Hansen</i> .....	123
Sikken fest vi har haft ... – om reguleringen af ratingbureauer <i>Postdoc, cand.merc.jur., ph.d., Camilla Hørby Jensen og professor, cand.merc.jur., ph.d., Nina Dietz Legind</i> .....	138
Kan man fortryde? <i>Lektor, cand.merc.aud., ph.d., Inge Langhave Jeppesen</i> .....	164
»Forpagtningsaftaler« og lejelovgivningens anvendelsesområde <i>Adjunkt, cand.jur., ph.d., Jakob Juul-Sandberg</i> .....	184

Tanker om tørklæder – et essay <i>Lektor, cand.jur., ph.d., Pernille Boye Koch</i> .....	199
Om proportionalitetsprincippet <i>Professor, cand.jur., ph.d., Bent Ole Gram Mortensen</i> .....	209
Idræt er farligt <i>Lektor, cand.merc.jur., ph.d., Karsten Naundrup Olesen</i> .....	224
Domspraksis om støtteerklæringer <i>Professor, lic.jur., Hans Viggo Godsk Pedersen</i> .....	240
Er dansk asylret vedrørende »krigsflygtninge« i strid med EU-retten? En kommentar til EF-domstolens afgørelse af 17. februar 2009 i sag C-465/07, Elgafaji <i>Lektor, cand.merc.jur., ph.d., Peter Starup</i> .....	253
Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis <i>Professor, cand.merc.jur., ph.d., Michael Steinicke</i> .....	260
Broccoli – er det ikke en spise? <i>Adjunkt, cand.jur., ph.d., Malene Rowlandson Stokholm</i> .....	274

## FORORD

*Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2009* er den 6. i rækken af fælles publikationer fra det juridiske forskningsmiljø ved Syddansk Universitet. Med denne publikation markeres henholdsvis 10-året og 5-året for de juridiske uddannelser ved SDU.

September 1999 startede de første 45 studerende på HA(jur.)-uddannelsen ved Syddansk Universitet. HA(jur.)-uddannelsen havde tidligere været udbudt ved Odense Universitet i en kort periode, men var afviklet igen. 45 studerende blev i det daværende juridiske miljø opfattet som et udmærket optag for den første årgang. Allerede de følgende år var optaget oppe på 80 studerende, hvilket hurtigt muliggjorde et juridisk studiemiljø på universitetet. Da de første HA(jur.)'er havde afsluttet bacheloruddannelsen i 2002, påbegyndtes i forlængelse heraf cand.merc.(jur.)-uddannelsen. De første cand.merc.(jur.)'er afsluttede således kandidatuddannelsen i juni 2004, og den første cand.merc.(jur.) blev ansat som ph.d.-stipendiat ved instituttet.

Opstarten af HA(jur.)-uddannelsen var samtidig baggrunden for opbygningen af et egentligt juridisk forskningsmiljø. Opbygningen startede allerede ved årsskiftet 1997/1998 ved ansættelsen af to professorer, og i forlængelse heraf ansattes to stipendiater og en adjunkt. I de følgende år fortsatte opbygningen, primært inden for det erhvervsjuridiske område. Den juridiske forskning blev yderligere styrket ved fusionen mellem det daværende Odense Universitet og Handelshøjskole Syd til Syddansk Universitet det følgende år. Herved blev der skabt et samarbejde mellem de juridiske miljøer, primært skatteret fra det tidligere Handelshøjskole Syd og primært erhvervsjura i øvrigt fra det tidligere Odense Universitet. Samarbejdet medførte tillige en styrkelse af undervisning og forskning i relation til cand.merc.aud.-uddannelsen. Etableringen af det selvstændige Juridisk Institut den 1. januar 2003 var desuden en konsekvens af denne udvikling.

Samme år, som de første cand.merc.(jur.)'er fik deres kandidatgrad (2004), optog vi de første studerende på jurauddannelsen (Jura BA). Tilladelsen til at udbyde uddannelsen blev meddelt af den ansvarlige minister til universitetets årsfest i oktober 2003, og den indebar tilladelse til et optag på 100 studerende pr. år. Universitetet har hvert år haft et ansøgertal til uddannelsen, der langt overstiger dette antal, og kvotienten for optagelse har ligget på niveau med de øvrige institutioner, som udbyder jurauddannelsen. Allerede året efter (2005) fik vi tilladelse til at optage studerende på cand.jur.-uddannelsen. Dette fik særlig betydning for et antal studerende, der havde gennemført HA(jur.)- og store dele af cand.merc.(jur.)-

uddannelsen. Med denne uddannelsesmæssige baggrund var de hurtigt i stand til at bestå Jura BA-uddannelsen og dermed blive optaget på cand.jur.-uddannelsen. Den første cand.jur. afsluttede således kandidatuddannelsen i september 2005, og i juni i år erhvervede de studerende, som påbegyndte den fulde jurauddannelse i 2004, den juridiske kandidatgrad.

Etableringen af den traditionelle jurauddannelse var baggrunden for, at der den 1. august 2004 blev etableret et selvstændigt studienævn for de juridiske uddannelser med tilknytning til Juridisk Institut. Dette medførte en styrkelse af samspillet mellem de juridiske uddannelser/undervisning og den juridiske forskning.

Jurauddannelsen medførte desuden opbygningen af såvel et større som et bredere juridisk forskningsmiljø, således at forskningsmiljøet blev dækkende for også denne uddannelses fag. Dette indebar navnlig en udbygning inden for Forfatningsret, Retshistorie, Retssociologi, Folkeret og udbygning af Kriminalret og andre offentligretlige fag. Denne udvikling og en bevidst satsning på at tiltrække velkvalificerede forskere har medført, at der nu er ansat 8 professorer, 13 lektorer, 5 adjunkter, 1 post doc., 4 videnskabelige assistenter, 2 kandidatstipendiater, 3 ph.d.-stipendiater og 7 sekretærer ved Juridisk Institut.

Det foreløbige sidste skud på stammen af juridiske uddannelser ved Syddansk Universitet er Jura BA på Åben Uddannelse, der blev etableret i september 2007. Denne uddannelse er indholdsmæssigt identisk med Jura BA-uddannelsen på dagstudiet, men er tilrettelagt som en deltidsuddannelse over fem år. Undervisningen, der som på de øvrige juridiske uddannelser varetages af såvel fastansatte forskere som eksterne undervisere, gennemføres primært på lørdage.

Ved opstarten af HA(jur.)-uddannelsen i 1999 udgav vi for første gang *Juridiske emner ved Syddansk Universitet*. Denne 6. udgave markerer således 10-året for HA(jur.)-uddannelsen, 5-året for Jura BA-uddannelsen samt første hele årgang af færdige cand.jur.'er.

Den forskningspolitiske udvikling har været medvirkende til Juridisk Instituts fokusområder – Gråzoneområdet mellem offentlig og privat ret samt Individet i globaliseringen. I tilknytning til disse fokusområder har medarbejdere ved instituttet de senere år blandt andet opnået forskningsbevillinger fra Forskningsrådet for Samfund og Erhverv på ca. 5,5 mio. kr.

I en del af de artikler, der er indeholdt i nærværende publikation, behandles emner inden for disse fokusområder. Vi har imidlertid valgt ikke at markere disse områder særligt i publikationen. Derimod vil vi netop med denne publikation vise den udvikling, der har været på instituttet, ved at vise bredden i forskningsområderne.

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

Vi takker ligeledes Margot og Thorvald Dreyers Fond, som har ydet økonomisk støtte til udgivelse af denne bog.

Juridisk Institut  
Syddansk Universitet  
Juli 2009

Nina Dietz Legind  
Institutleder

Hans Viggo Godsk Pedersen  
Redaktør og studienævnnsformand

Ole Hammerslev  
Studieleder

Nis Jul Clausen  
Professor

# Skattefrie boliger

af

*Jane Bolander*

## 1. Indledning

I takt med internationaliseringen har der været et forøget pres på det danske skattesystem for at få reduceret skattesatsen. I modsat fald risikerer Danmark at tabe i den internationale skattekonkurrence om at tiltrække kapital og arbejdskraft. Da udgifterne til at holde virksomheden Danmark kørende imidlertid ikke i nævneværdig grad formindskes, har det været nødvendigt at udbrede beskatningsgrundlaget for at opretholde det nødvendige skatteprovenu. Det danske skattesystem er derfor i dag kendetegnet ved at have en temmelig bred skattebase, således at de fleste indtægter og gevinster er skattepligtige. Der er kun ganske få undtagelser til denne skattepligt.

En af de få, men væsentlige undtagelse til skattepligten, er muligheden for at afstå boligen skattefrit. Da en meget stor del af den danske befolkning på et eller andet tidspunkt i deres liv er boligejer, og da fast ejendom udgør et ganske betydeligt aktiv, som desforuden over tid har vist sig sædvanligvis at stige i værdi, er det et meget betydningsfuldt område, som på denne måde er undtaget fra beskatningen. Den store udbredelse og de store værdier er nok også samtidig årsagen til, at det ikke har været politisk muligt at inddrage denne gevinst under beskatningen.

Det er alene i de tilfælde, hvor den faste ejendom har været anvendt til private beboelsesformål, at der kan opnås skattefrihed. Afståelse af al anden fast ejendom vil udløse en beskatning af gevinsten, og modsvarende får man også mulighed for at fradrage et eventuelt tab i gevinster fra andre faste ejendomme.

Der er ikke noget, som i den grad påvirker kreativiteten som udsigten til skattefrihed, og der er i praksis set mange forsøg på via forskellige proforma-arrangementer at få en ejendom til at falde inden for skattefrihedsbestemmelsen. Det er skatteyderen, som har bevisbyrden for, at betingelserne



for skattefriheden er opfyldt, og det må konstateres, at domstolene er meget strenge over for noget, som kunne minde om et proforma-arrangement.

De ejendomme som kan afhændes skattefrit efter ejendomsavancebeskatningsloven er en- og tofamiliehuse og ejerlejligheder, som anvendes til beboelse, jf. ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1. Denne bestemmelse kaldes for »parcelhus-reglen«. Under tilsvarende betingelser gælder skattefriheden også for anpartslejligheder, jf. ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 3. Ud over disse ejendomme kan tillige sommerhusejendomme og lignende afstås skattefrit, hvis de har været anvendt privat. Endelig er der indsat en ny bestemmelse i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 6-7, hvor skattefriheden også udstrækkes til beskadigede ejendomme, som har været anvendt som en af de førnævnte ejendomme. Beboelsesdelen af en ejendom, som anvendes til både privat og erhvervsmæssige formål, vil også kunne afstås skattefrit efter ejendomsavancebeskatningslovens § 9, som populært kaldes »stuehus-reglen«.

I det følgende vil alene beboelsesejendommene og sommerhusene blive behandlet.

## 2. Kort historisk oversigt

Oprindelig var beskattningen af fast ejendom reguleret af statsskattelovens § 5, litra a, således at ejendomme kunne afstås skattefrit, medmindre ejendommen var erhvervet i spekulationsøjemed eller indgik i en næringsvirksomhed.<sup>1</sup> Det indebar, at både boligen og andre ejendomme anvendt til andet formål kunne afstås skattefrit.

I 1960 indførtes lov om særlig indkomstbeskatning, hvor alle andre ejendomme end næringsejendomme og spekulationsejendomme var undergivet en proportional beskatning. Beskatningen gjaldt også, når der blev afstået en ejerbolig. I 1964 blev der imidlertid indsat en bestemmelse i lov om særlig indkomstskat om fritagelse for beskatning efter minimum 2 års beboelse. Fritagelsen fandt anvendelse på en- og tofamiliehuse samt sommerhuse. Betingelserne for at opnå skattefrihed blev efterfølgende justeret flere gange.

I 1982 indførtes ejendomsavancebeskatningsloven, som herefter skulle regulere skattepligten i forbindelse med alle ejendomsafståelser undtagen for næringsdrivende. Bestemmelserne om ejendomsavancebeskatning i lov om særlig indkomstskat blev overført til ejendomsavancebeskatningsloven, og som en del af nydannelserne blev der indført en aftrapning af den skattepligtige fortjeneste, således at fast ejendom kunne afstås skattefrit efter 7 års ejertid. Denne aftrapning er senere ophævet. Reglerne for beskatning af ejerboligen blev overført til ejendomsavancebeskatningslovens § 8, hvor kravet om 2 års beboelse blev bibeholdt. I 1990 bortfaldt kravet om mindst

<sup>1</sup> Se i det hele John Engsig i artiklen »Ejendomsavancebeskatning«, SR-Skat 3/2003 – særnummer »Statsskattelovens 100 års jubilæum«.

2 års beboelse i ejerperioden, og bestemmelsen fik den udformning, som vi kender den i dag.

En ejendom kan afstås skattefrit som en beboelsesejendom, hvis huset eller lejligheden har tjent til bolig for ejeren eller dennes husstand i en del af eller hele den periode, hvori denne har ejet ejendomme, og hvor ejendommen har opfyldt betingelserne for at kunne afstås skattefrit efter bestemmelsen. Er der tale om et en- eller tofamilieshus, er der endvidere visse arealmæssige krav, som skal være opfyldt.

Der er også skattefrihed for sommerhuse og lign, som ejeren eller dennes husstand har benyttet til privat formål i en del af eller hele den periode, hvori denne har ejet ejendommen, og hvor ejendommen har opfyldt betingelserne for at kunne afstås skattefrit. Der er de samme arealmæssige krav til disse ejendomme, som der er til beboelsesejendommen, jf. ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2.

### 3. Sommerhus eller bolig?

Det er således muligt at sælge både beboelsesejendom og sommerhus skattefrit efter ejendomsavancebeskatningslovens § 8. Der er imidlertid ikke helt identiske krav til boligen og sommerhuset. For begge er der det samme arealkrav, men kravene til anvendelse er forskellige. For at kunne afstås skattefrit som boligejendom, skal den have tjent til bolig, medens kravet i sommerhusbestemmelsen er, at den har været benyttet til private formål. Denne forskel er i de fleste tilfælde naturlig, da sommerhuse sædvanligvis anvendes i et væsentligt mindre omfang end en boligejendom.

Det kan imidlertid give anledning til problemer, hvis skatteyderen har anvendt en helårsbolig til sommerbolig. Den omvendte situation, hvor skatteyderne har anvendt sin sommerbolig til helårsbolig, er i denne relation ikke så problematisk, idet man så utvivlsomt opfylder betingelsen om at have anvendt sommerboligen til private formål. Anvendes derimod et helårshus som sommerbolig, kan dette give anledning til overvejelser, om det mere omfattende beboelseskrav skal være opfyldt, før ejendommen vil kunne afstås skattefrit.

Ligningsrådet har i nogle afgørelser accepteret, at helårsboliger, som har været anvendt som sommerhuse, kan sælges skattefrit efter sommerhusreglen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2. I afgørelserne er der ved en- og tofamilieshuse lagt vægt på, at ejendommene kunne omklassificeres til sommerhuse uden problemer, jf. TfS 2000, 371 LR og SKM2001.160.LR.

Der foreligger kun i begrænset omfang domstolspraksis, som kommer ind på spørgsmålet. SKM2008.866.VLR kommer dog ind på problemstillingen. I denne sag havde skatteyderen en bolig i Randers, en ejerlejlighed på Frederiksberg, et sommerhus og en sommerhusgrund i Ebeltoft. Spørgsmålet

var, om ejerlejligheden på Frederiksberg kunne sælges skattefrit efter sommerhusreglen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2. Lejligheden var anskaffet i 1985 og solgt i 2004. Da den blev købt, havde skatteyderen til hensigt på et senere tidspunkt at bosætte sig på Frederiksberg, men det skete ikke. Skatteyderen havde alene anvendt lejligheden som en fritidsbolig. Lejligheden havde helårsstatus og var på salgstidspunktet med bopælspligt. Lejligheden havde i 1½ år været beboet af en niece i forbindelse med arbejde og var i en kortere periode på 1 måned udlånt til en bekendt.

Byretten nægtede skatteyderen skattefrihed, idet ejerlejligheden ikke udelukkende i ejerperioden havde været anvendt som fritidsbolig. Sagen blev indbragt for landsretten, hvor retten indledningsvist fastslog, at ejerlejligheden ikke umiddelbart var omfattet af sommerhusreglen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2, men fortsatte derefter med at konstatere, at der var administrativ praksis for, at der kunne opnås skattefrihed efter sommerhusreglen, hvis ejerlejligheden var anskaffet med henblik på anvendelse som fritidsbolig og havde været anvendt som sådan i ejertiden. Da det herefter ikke kunne konstateres, at ejerlejligheden alene havde været anvendt som en fritidsbolig, da den havde været udlejet til niecen, kunne den ikke sælges skattefrit.

Tilsyneladende mener landsretten ikke, at der er hjemmel i lovbestemmelsen til skattefriheden, men accepterer dog den gunstige administrative praksis, som tillader skattefrihed i særlige tilfælde. Resultatet og argumentationen forekommer ikke ubetinget korrekt. Enten er ejerlejligheden omfattet af skattefrihedsbestemmelsen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2, eller også er den ikke. Enten kan ejerlejligheden anses for omfattet af sommerhusbestemmelsen med deraf følgende beboelseskrav, eller også er den ikke omfattet af bestemmelsen, og skal derfor opfylde beboelseskravet i parcelhusreglen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1. I den forbindelse kan der godt lægges vægt på administrativ praksis ved vurderingen af, om ejerlejligheden kan anses for en sommerbolig, herunder at hensigten for anskaffelsen har været sommerhusbrug, og den faktisk er anvendt som et sommerhus. Men det kan ikke være korrekt at lægge større begrænsninger ind på bestemmelsens anvendelsesområde, end der fremgår af bestemmelsen. Kravet i ejendomsavancebeskatningsloven vedrørende sommerhuse er alene, at de har været anvendt til privat brug. Ikke at det konstant i hele perioden har været anvendt som sådan. Et almindeligt sommerhus vil godt kunne afhændes skattefrit efter bestemmelsen, selv om der har været udlejning i ejertiden, hvis dog sommerhuset også har været anvendt privat. Når landsretten betinger skattefriheden efter sommerhusreglen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2 af, at den i hele perioden alene har været anvendt til sommerbolig, går landsretten videre, end der er hjemlet i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2.

Praksis må imidlertid efter denne afgørelse kunne sammenfattes således, at skattefrihed efter EBL § 8, stk. 2, ved afståelse af en ejendom, der har status som helårshus, alene kan opnås, når den pågældende ejendom er erhvervet med henblik på anvendelse som fritidshus og efterfølgende anvendt i overensstemmelse hermed fuldt ud i hele ejerperioden.<sup>2</sup> Det er skatteyderen, som har bevisbyrden for, at ejendommen er erhvervet med henblik på fritidsbrug, og rent faktisk også er anvendt således.

SKM2007.209.HR har dog indlagt en yderligere begrænsning, idet skatteyderen i den pågældende sag ikke fik medhold i, at en helårsejendom kunne afstås skattefrit som en fritidsejendom, selv om denne alene var blevet anvendt som sådan i hele ejerperioden.<sup>3</sup> I den konkrete sag havde skatteyderen over for jordbrugskommissionen oplyst, at han agtede at tage bopæl på ejendommen, hvilket han dog ikke opfyldte. Oplysningen var nødvendig, da han ellers ikke ville få tilladelse til at erhverve ejendommen. Det er vanskeligt at sige, hvor meget der kan udledes af denne afgørelse, men den er formentlig alene udtryk for, at hvis man giver oplysninger med et forkert indhold for at få en gunstig position, så kan man ikke senere fragå disse oplysninger, blot fordi de i et andet forhold vil være ugunstige.

#### 4. Flere boliger

Det sædvanlige anvendelsesområde for ejendomsavancebeskatningslovens § 8, har været den almindelige familie, som kan sælge sin helårsbolig skattefrit, når der flyttes til ny bolig. Tilsvarende vil et evt. sommerhus kunne sælges skattefrit. Men hvorledes forholder det sig, hvis der haves flere boliger og flere sommerhuse, vil de så også kunne sælges skattefrit?

Der har ikke tidligere foreligget særlig megen offentliggjort praksis om problemet, ligesom det hidtil har været helt uomtalt i Ligningsvejledningen. Det er imidlertid ikke længere tilfældet, efter at vi fik en domstolsafgørelse i 2006. Dommen gav anledning til megen diskussion, og herefter har der været adskillige afgørelser om spørgsmålet. De fleste kommer fra Skatterådet.

Dommen og omstændighederne omkring denne er specielle og problematiske.

Den afgørelse, som var anledningen til en del af usikkerheden om ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1's anvendelsesområde, er SKM2006.379.VLR. I denne sag havde et ægtepar en bolig på Grønland, hvor manden havde arbejde. I 1996 købte parret en ejendom i Danmark, som de senere ville anvende til helårsbeboelse, når de ikke længere skulle bo på Grønland. Ejendommen blev udlejet i en periode og herefter anvendt

<sup>2</sup> Praksis for sommerhuse er yderligere behandlet af bl.a. Jan Pedersen i SR-Skat 2007, s. 56ff.

<sup>3</sup> Landsrettens afgørelse er kommenteret af Jan Pedersen i R&R 2006, SM 293ff.

som feriebolig for familien. Manden anvendte tillige boligen, når han havde arbejdsopgaver i Danmark. Ejendommen blev i år 2000 solgt.

Landskatteretten fremhævede i sin afgørelse, at det ikke kunne være tilstrækkelig for skattefriheden efter ejendomsbeskatningslovens § 8, stk. 1, at ejendommen havde tjent til ophold eller i øvrigt stod til rådighed. Den skulle have tjent til bolig. Ud fra en konkret vurdering fandt Landskatteretten dette opfyldt, idet skatteyderen i perioden havde udført arbejdsopgaver i lokalområdet, og der havde været et ikke ubetydeligt varmeforbrug. Landskatteretten kom ikke nærmere ind på det forhold, at ægteparret i forvejen havde en bolig i Grønland og derved havde 2 boliger.

Sagen blev indbragt for Vestre Landsret. Landsretten greb sagen anderledes an end Landskatteretten. Først tog landsretten stilling til, om ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1 overhovedet kunne omfatte 2 boliger eller kun kunne finde anvendelse på 1 bolig. Landsretten nåede frem til, at bestemmelsen kun hjemler skattefrihed for 1 ejerbolig. Resultatet begrundedes med en henvisning til forarbejderne til loven. Dernæst foretoges en vurdering af, hvilken ejendom der var skatteyderens bolig i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1's forstand, og valget faldt naturligvis på boligen på Grønland, og derfor kunne ejendommen i Danmark ikke afhændes skattefrit, da den heller ikke opfyldte kriterierne for at være sommerbolig efter ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2.

Sagen blev indbragt for Højesteret. Da sagen verserede for Højesteret tog Skatteministeriet bekræftende til genmæle over for påstanden om, at ejendommen kunne afhændes skattefrit efter ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1. Højesteret afsagde derfor dom i overensstemmelse med parternes påstand, jf. SKM2007.147.HR.

#### **4.1 Dommen og reaktioner på den**

Da landsretten havde afsagt sin dom, blev den kraftigt kritiseret af Professor Niels Winther-Sørensen.<sup>4</sup> Efter hans opfattelse stred afgørelsen imod tidligere ikke-offentliggjort administrativ praksis, og samtidig mente han ikke, at en fortolkning af ejendomsavancebeskatningslovens § 8 nødvendigvis burde lede til, at der ikke kunne være 2 eller flere boliger omfattet af skattefrihedsbestemmelsen. Han mente derfor, at afgørelsen var forkert. Efter hans opfattelse skal det afgøres konkret i hvert enkelt tilfælde, om der foreligger mere end én ejendom, som tjener til bolig for skatteyderen.

Det var formentlig på baggrund af denne kritik, at Skatteministeriet valgte at tage bekræftende til genmæle for Højesteret. Skatteministeriet har efterfølgende kommenteret højesteretsdommen.<sup>5</sup> Det fremgår af Skatteministeriets kommentar, at man tog bekræftende til genmæle for Højesteret, fordi en

<sup>4</sup> I TFS 2006, 700.

<sup>5</sup> I SKM2007.217.DEP.

beskatning af skatteyderne ville være i strid med ikke-offentliggjort administrativ praksis. Samtidig angives om konsekvenserne af højesteretsdommen, at en supplerende ejendom herefter vil kunne sælges skattefrit efter parcelhusreglen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1, hvis ejendommen i salgsperioden har været anvendt af ejeren af arbejdsmæssige årsager. Det er i den forbindelse uden betydning, om skatteyderen anskaffede ejendommen af arbejdsmæssige årsager eller ej, blot han har anvendt ejendommen af arbejdsmæssige årsager. Det præciseres samtidig, at ejendommen skal kunne anses for at være en bolig, og ikke kun et opholdssted. Det anføres, at et samlet ophold på ca. 2 måneder nok må betragtes som et minimum.

Ikke alle har delt Niels Winther-Sørensen's kritiske indstilling til Vestre Landsrets dom i SKM2006.379.VLR. Professor Jan Pedersen finder ikke, at det umiddelbart ud fra en fortolkning af ejendomsavancebeskatningslovens § 8 kan udledes, at det er muligt at få solgt en eller flere faste ejendomme skattefrit, og mener derfor heller ikke, at det er muligt at vurdere, om afgørelsen er rigtig eller forkert i relation til parcelhusreglen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1. Han mener derfor ikke, at det er muligt at betegne dommen som »forkert«, som anført af Niels Winther-Sørensen.<sup>6</sup> Niels Winther-Sørensen har siden fastholdt sin kritik.<sup>7</sup>

#### **4.2 Vurdering af dommen og reaktioner på den**

Vestre Landsret nåede således i SKM2006.379.VLR frem til, at en skatteyder alene kunne opnå skattefrihed efter ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1 af én bolig. Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle over for skatteyderens påstand, da sagen kom for Højesteret, hvorefter der blev afsagt dom i overensstemmelse med skatteyderens påstand, jf. SKM2007.147.HR.

Hele forløbet, som ledte til Højesterets afgørelse og konsekvenserne efterfølgende, kan give anledning til overvejelser af retskildemæssig karakter.

Det er vanskeligt at vurdere, hvorvidt Vestre Landsrets afgørelse er rigtig eller forkert i relation til fortolkningen af ejendomsavancebeskatningslovens § 8. Der er momenter, som taler for, at det alene skal være muligt skattefrit at afstå én bolig, og der er momenter, som kan tale for, at der skal være mulighed for afståelse af flere boliger efter denne bestemmelse. Bestemmelsen har bl.a. med angivelsen af kravet på 1400 m<sup>2</sup> lagt op til, at det alene skal være én bolig, som skal være omfattet af bestemmelsen, omvendt er dagens samfund et andet, end det var på tidspunktet for bestemmelsens indførelse. Det er ikke åbenbart, hvilket fortolkningsresultat landsretten skulle nå frem til. Vestre Landsret stod i den situation, at der skulle vælges, og valgte så, at det alene skulle være muligt med én skattefri bolig efter bestemmelsen.

<sup>6</sup> Tilsvarende synspunkter er fremsat i SR-Skat 2007, s. 56ff.

<sup>7</sup> I SR-Skat 2007, s. 158ff.

Baggrunden for, at Skatteministeriet tager bekræftende til genmæle, er, at der foreligger ikke-offentliggjorte afgørelser fra Ligningsrådet og Landskatteretten, som har indtaget den holdning, at det er muligt at afstå flere ejendomme skattefrit efter ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1. På det tidspunkt, hvor Skatteministeriet tager bekræftende til genmæle, har Vestre Landsret truffet sin afgørelse. Retskildehierarkisk rangerer en landsretsdom over både Landsskatterettens afgørelser og Ligningsrådets afgørelser, offentliggjorte eller ej. De ikke-offentliggjorte afgørelser kan således ikke påberåbes til støtte for at tilsidesætte en landsretsdom.

Nu var den administrative praksis ikke påberåbt under landsrettens behandling, og landsretten var følgelig ikke opmærksom på, at afgørelsen ville tilsidesætte en mere eller mindre administrativ praksis. Det kan derfor hævdes, at afgørelsen er afsagt på et urigtigt grundlag. Det er almindeligt kendt, at administrativ praksis har betydning for domstolene ved deres fortolkende virksomhed, og at der er en vis tilbageholdenhed for tilsidesættelse af fast praksis, men der er adskillige nyere afgørelser, hvor domstolene ikke viger tilbage for at tilsidesætte selv en meget fast og langvarig administrativ praksis.<sup>8</sup> Nu kan det diskuteres, hvor fast den administrative praksis var med hensyn til ejendomsavancebeskatningslovens § 8, da der kun var tale om 2 afgørelser, endvidere kan værdien af den administrative praksis også diskuteres, da der er tale om en ikke-offentliggjort administrativ praksis.<sup>9</sup>

Når der bliver taget bekræftende til genmæle for Højesteret, baseret på to utrykte administrative afgørelser, fratager man domstolene muligheden for at udøve deres fortolkende virksomhed på ejendomsavancebeskatningslovens § 8, og det er derfor uvist, hvad Højesteret ville være nået til – oplyst om denne praksis.

Det kan hævdes, at det vil være urimeligt for en skatteyder, at denne skal trækkes igennem en domstolsafgørelse, når skatteadministrationen er af den opfattelse, at skatteyderen skal have medhold, men det viser sig næsten altid, at alle fortolkninger stort set altid vender begge veje. Hvad der er en fordel for den ene skatteyder, vil være en ulempe for en anden skatteyder. Hvis man tager bekræftende til genmæle af hensyn til skatteyderen, vil der ofte være en anden skatteyder, som bliver ramt af fortolkninger. Det er der utallige eksempler på inden for skatteretten. Når man tager bekræftende til genmæle vedrørende denne skatteyder i relation til ejendomsavancebeskatningslovens § 8, så fritager man denne skatteyder (og andre) for at skulle beskattes af ejendomsavancen, men samtidig fratager man den skatteyder, som måtte afstå en tilsvarende bolig med tab muligheden for at få dette

<sup>8</sup> Se nærmere Lærebog om indkomstskat, 12. udg., s. 121.

<sup>9</sup> Se nærmere Ole Bjørn i Tidsskrift for Skatteret – Landsskatteretten 1938-1988, særnummer, s. 32.

tabsfradrag. Skatteministeriet bør derfor være tilbageholdende med at tage bekræftende til genmæle.

De eneste tilfælde, hvor skatteministeriet efter min opfattelse bør tage bekræftende til genmæle, er, hvis en afgørelse er åbenbar forkert. Ellers fratager man domstolene den fortolkningskompetence, som i sidste instans tilkommer dem. Det forhold, at man blot vægter de forskellige momenter anderledes end domstolen, bør ikke være tilstrækkeligt til at tage bekræftende til genmæle. Der skal være tale om en åbenbar fejl.

Et eksempel på en sådan fejltagelse forelå i Østre Landsrets dom TfS 1999, 824 Ø, hvor en mand blev næringsbeskattet af avancen ved salg af hustruens ejendom. Manden var næringsdrivende med køb og salg af fast ejendom, men det var hustruen ikke. Alligevel blev manden beskattet af avancen under henvisning til kildeskattelovens § 25 A. Professor Aage Michelsen kommenterede afgørelsen, hvor han gjorde opmærksom på, at kildeskattelovens § 25 A alene finder anvendelse, hvis begge ægtefæller har en ejermæssig eller arbejdsmæssig tilknytning til en erhvervmæssig virksomhed og virksomhedens aktiver. I den omhandlede sag var hverken ejendommen eller hustruen en del af næringsvirksomheden, og derfor kunne kildeskattelovens § 25 A ikke finde anvendelse. På baggrund af kommentaren tager Skatteministeriet bekræftende til genmæle, jf. SKM2001.14.HR, og der udsendes efterfølgende en kommentar i SKM2001.111.DEP.

Hvad er forskellen på de to situationer? I afgørelsen med den medarbejdende ægtefælle er det rigtigt at tage bekræftende til genmæle, medens det ikke er tilfældet i situationen med de 2 boliger. Forskellen er, at sagen med den medarbejdende ægtefælle var klart forkert, medens sagen med de 2 boliger ikke er klart forkert (omend man kan være uenig i vægtningen af momenter). Selv om synspunktet om fortolkningen af kildeskattelovens § 25 A havde overlevet i både Landsskatteretten og i landsretten, skyldes dette ikke en anden vægtning af forskellige momenter, men alene at bestemmelserne om ægtefællebeskatning kan være meget vanskelige at håndtere. Efter en nøje gennemgang af indholdet i kildeskattelovens § 25 A vil der formentlig ikke være nogen med kendskab til området, som vil hævde, at manden skulle beskattes af hustruens avance efter kildeskattelovens § 25 A.

Når Skatteministeriet tager bekræftende til genmæle, foreligger der rent formelt en højesteretsdom, men denne dom kan ikke tillægges retskildeværdi svarende til, at Højesteret har taget stilling til spørgsmålet. Medens skatteadministrationen er underlagt en officialmaksime, er domstolene underlagt forhandlingsmaksimen. Officialmaksimen indebærer, at skatteadministrationen er forpligtet til at træffe den rigtige afgørelse, uanset hvad skatteyderen måtte påstå. Denne officialmaksime gælder også for Skatterådet og Landskatteretten, og et eksempel på konsekvenserne af denne ses i bl.a. SKM2006.250.LSR, hvor SKAT indstillede, at afgørelsen skulle ændres i



overensstemmelse med skatteyderens påstand, men hvor Landsskatteretten trods dette traf en afgørelse, som var til ugunst for skatteyderen.<sup>10</sup>

Forhandlingsmaksimen for domstolene indebærer, at parterne bestemmer, hvad domstolen skal træffe afgørelse om. Det er alene de påstande og anbringender, som er nedlagt, som domstolene forholder sig til. Når parterne således er enige om et forhold, vil domstolene ikke kunne træffe anden afgørelse. Hvis domstolene i disse tilfælde klart kan se, at der bliver truffet en forkert afgørelse, vil de udfolde en betydelig rådgivningsvirksomhed over den part, der typisk står svagt og er ved at miste et retskrav. I de sædvanlige skattesager, hvor parterne sædvanligvis begge er repræsenteret af en advokat, vil domstolene dog typisk ikke forholde sig til sagens indhold, hvorom der ikke er uenighed. Rådgivningsvirksomheden vil i skattesager formentlig højst blive udstrakt til, at der henstilles til en part om at antage advokatbi-stand.

Denne forhandlingsmaksime indebærer, at domstolen er nødsaget til at give dom i henhold til en påstand, når den indstævnte tager bekræftende til genmæle. Domstolen har derfor ikke i denne situation forholdt sig til sagens materielle indhold. En højesteretsdom, hvor der er taget bekræftende til genmæle, udtrykker således ikke Højesterets vurdering af sagens genstand.

Når Skatteministeriet således i SKM2007.147.HR tager bekræftende til genmæle, og Højesteret derfor afsiger dom i overensstemmelse med skatteyderens påstand, udtrykker det ikke andet og mere end, at Skatteministeriet har den holdning, at der godt kan afhændes flere end 1 bolig skattefrit efter ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1. Højesteret har slet ikke udtrykt nogen holdning til dette spørgsmål.

Det er uheldigt, at Skatteministeriet har taget bekræftende til genmæle for Højesteret, når de er uenige i landsrettens afgørelse, og denne afgørelse ikke kan anses for klart forkert, da vi derved ikke har fortolkningen af spørgsmålet af den højeste fortolkende myndighed Højesteret. Det indebærer, at vi har en Vestre Landsrets afgørelse, som fastslår, at der alene kan afhændes én bolig skattefrit efter ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1, og så har vi en administrativ praksis, som går imod denne afgørelse.<sup>11</sup>

Da der er tale om en administrativ praksis, som sædvanligvis er til fordel for skatteyderne, vil denne praksis kunne blive ved med at bestå uanfægtet, og vi vil ikke få nogen ny domstolsafgørelse om spørgsmålet. Det kan dog godt være, at dette ændrer sig en smule i nærmeste fremtid. Når ejendomsmarkedet er for nedadgående, vil der være skatteydere, som oplever et tab i forbindelse med afståelse af en ejendom. Disse skatteydere vil kunne se en fordel i, at ejendommen ikke bliver anset for omfattet af skattefrihedsbe-

<sup>10</sup> Sagen blev senere genoptaget af Landsskatteretten og fik et andet udfald, men det var på grundlag af andre omstændigheder, jf. SKM2006.489.LSR.

<sup>11</sup> Det er muligvis også dette, som Ole Bjørn henviser til i SR-Skat 2008, nr. 1, s. 10.

stemmelsen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1, idet der derved opnås mulighed for at få fradrag for tabet, og dette kan indebære, at problemet med fortolkningen af ejendomsavancebeskatningslovens § 8 kan opstå igen.

#### 4.3 Efterfølgende administrativ praksis

I sin meddelelse angiver Skatteministeriet, at en supplerende ejendom herefter vil kunne sælges skattefrit efter parcelhusreglen, hvis ejendommen i ejerperioden har været anvendt af ejeren af arbejdsmæssige årsager.<sup>12</sup> Det afgørende er ikke hensigten med anskaffelsen, men at den faktisk har været anvendt til arbejdsmæssigt brug. Derudover er det et krav, at anvendelsen har haft et sådant omfang, at den har fået en karakter af bolig og ikke kun ophold, og i den anledning anvises, at et samlet ophold på 2 mdr. må betragtes som et minimum. Niels Winther-Sørensen kritiserer begrænsningen af, at boligen skal have været anvendt af arbejdsmæssige årsager.<sup>13</sup> Efter hans opfattelse er dette blot et moment blandt flere, som kan indgå i den konkrete vurdering af, om en ejendom har tjent til bolig for ejeren.<sup>14</sup>

Efter fremkomsten af Skatteministeriets kommentar i SKM2007.217.DEP har der været adskillige forespørgsler på, hvornår ejendomme kan afhændes skattefrit efter parcelhusreglen. En del af disse afgørelser vedrører hovedsageligt, om ejendommene har været anvendt i tilstrækkeligt omfang til at kunne anses for en bolig og ikke kun som et opholdssted.<sup>15</sup> I det følgende vil enkelte blive fremhævet, som nærmere afgrænser den eksisterende praksis.

Skatterådet har valgt ikke kun at lægge vægt på, om lejligheden har været anvendt i arbejdsmæssig sammenhæng. I SKM2007.700.SR fandt Skatterådet, at en ejerlejlighed, der var beboet af ejernes ægtefælle under hendes studier, kunne sælges skattefrit.

I de fleste afgørelser lægges der dog fra Skatterådets side oftest vægt på, om ejendommene har været anvendt i arbejdsmæssig sammenhæng. I SKM2009.137.SR havde skatteyderen oplyst, at en lejlighed typisk var anvendt mandag til fredag, medens en anden helårsbolig var anvendt i weekend, ferier og lign. Problemet var imidlertid, at skatteyderen samtidig i vidt omfang havde taget fradrag for befordring mellem sædvanlig helårsbolig og arbejde. Lejligheden kunne derfor ikke afhændes skattefrit.

<sup>12</sup> I SKM2007.217.DEP.

<sup>13</sup> SR-Skat 2007, s. 158ff.

<sup>14</sup> Synspunktet tiltrædes af Ole Bjørn i SR-Skat 2008, nr. 1, s.10ff.

<sup>15</sup> Jf. således eksempelvis SKM2007.483.SR, SKM2007.510.SR, SKM2008.792.VLR, SKM2008.38.SR, SKM2008.39.SR, SKM2008.70 SR, SKM2008.184.SR og SKM2008.302.SR.

Der synes også at have indsneget sig et nødvendighedskriterie i bedømmelsesgrundlaget, således at det er muligt at opnå skattefrihed for flere boliger, hvis det har været nødvendigt med flere boliger af hensyn til arbejde eller uddannelse. I SKM2007.510.SR var skatteyderen bosiddende i Jylland og havde en lejlighed i København. Skatterådet fandt, at lejligheden i København, som var anvendt i forbindelse med arbejdsmæssige formål, kunne afstås skattefrit.

Omvendt blev skattefriheden afvist af Landsskatteretten i SKM2007.397.LSR med den begrundelse, at der var for kort afstand mellem de to ejendomme og arbejde til, at det var nødvendigt med boligen nær arbejdet. Retten udtalte, at selv om skatteyderen over en længere årrække og i ikke ubetydelige perioder havde overnattet i ejendommen i forbindelse med udøvelsen af arbejdet, så fandt retten, at den relativt korte afstand mellem klagerens ejendomme og den heraf følgende korte transporttid til skatteyderens arbejde bevirkede, at skatteyderens arbejde ikke betingede, at skatteyderen skulle anvende ejendommen til bolig. Samtidig var der lagt vægt på, at der var foretaget betydelige beføringsfradrag. Det fremgår ikke af det offentliggjorte referat af sagen, hvor langt der var mellem de to boliger og arbejde.

I SKM2008.817.SR var en afstand alene på 50 km tilstrækkelig til, at arbejdet betingede, at skatteyderen skulle anvende ejendommen som bolig. En ganske lav grænse for nødvendigheden af en yderligere bolig. Der er formentlig adskillige, som har mere end 50 km til arbejde, og som ikke har behov for en ekstra bolig af den grund. Denne afgørelse er endvidere ganske lempelig i sin vurdering af det arbejdsmæssige behov, da der var tale om et mindre hobbylandbrug, som primært blev benyttet til skovbrug.

Det må konstateres, at den administrative praksis har indrettet sig på Departementets udtalelse i SKM SKM2007.217.DEP, og således lagt vægt på, om boligen har været anvendt i arbejdsmæssig sammenhæng. Dog er anvendelse under uddannelse også accepteret som kvalificeret anvendelse. Samtidig er det også afgørende, om det har været nødvendigt med den ekstra bolig. Det må således også konstateres, at der ikke foretages en fri konkret vurdering af, om skatteyderen har anset sin ejendom som en bolig.

## 5. Flere sommerhuse

I henhold til ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2 er kravene for, at et sommerhus og lign. kan afhændes skattefrit, at det har været benyttet af ejeren eller dennes husstand til private formål i en del af eller hele ejerperioden.

Umiddelbart synes bestemmelsens ordlyd at åbne for, at skatteyderen kan afhænde flere sommerhuse skattefrit. I SKM2008.866.VLR påberåbte skat-

teyderen sig skattefrihed bl.a. med henvisning til fritidshusreglen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2, uanset at skatteyderen derudover havde et andet sommerhus. Skattefriheden blev afvist af SKAT, men ikke med den begrundelse, at dette ville indebære skattefrihed for 2 fritidsboliger. Det må derfor formodes, at SKAT er positivt indstillet til, at der kan være flere fritidsboliger omfattet af skattefrihedsbestemmelsen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2. Dette synes også fint at kunne harmonere med bestemmelsens ordlyd, og der er heller intet i forarbejderne, som modsiger det.

Der er tilsyneladende ingen overgrænse for, hvor mange fritidsboliger en skatteyder kan få omfattet af ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 2, hvis det blot kan dokumenteres, at de er anvendt til private formål, og umiddelbart er det formentlig mere almindeligt at erhverve flere sommerhuse end boliger. Er sommerhusene beliggende forskellige steder, må det være forholdsvis let at løfte bevisbyrden for, at de har været anvendt til private formål, og derved kan de sælges skattefrit.

## 6. Opsummering og konklusion

I henhold til ejendomsavancebeskatningslovens § 8 kan boliger og sommerboliger i visse tilfælde sælges skattefrit. Det er en betingelse, at ejendommene i et vist omfang har været anvendt privat. For så vidt angår helårsboligen er det et krav, at den har tjent som bolig for ejeren eller dennes husstand, medens kravet for sommerboligen alene er, at den har været anvendt privat.

Efter praksis kan en helårsbolig, der anvendes som sommerbolig, afstås efter bestemmelserne om sommerbolig, hvis ejendommen er erhvervet som sommerbolig, og stedse har været anvendt som sådan. Det indebærer, at ejeren alene skal opfylde kravet om, at ejendommen har været anvendt til privat bolig.

For helårsboliger skal beboelseskravet være opfyldt af enten ejeren eller dennes husstand. Der har været usikkerhed, om det er muligt at have flere ejendomme, som er omfattet af skattefrihedsbestemmelsen for helårsboliger. Domstolen nåede til, at det kun er muligt at have en enkelt bolig, som er omfattet af parcelhusreglen i ejendomsavancebeskatningslovens § 8, stk. 1, men Skatteministeriet har ved at tage bekræftende til genmæle for Højesteret indtaget den holdning, at der er mulighed for at have flere boliger omfattet af denne bestemmelse, hvis det har været nødvendigt af arbejdsmæssige årsager at have flere boliger. Administrativ praksis har tilladt flere boliger omfattet af parcelhusreglen, hvis de har været nødvendige af enten arbejdsmæssige eller uddannelsesmæssige årsager. Der har i administrativ praksis været anvendt et nødvendighedskriterie, men dette har dog været praktiseret lempeligt.

# First North-selskaber og informationsforpligtelsen til markedet

af

*Nis Jul Clausen*

## 1. First North Denmark – en markedsplads for handel med værdipapirer

Den daværende OMX Københavns Fondsbørs – nu NASDAQ OMX, Copenhagen (i det følgende betegnet Børsen) – etablerede i 2005 First North som en alternativ markedsplads efter de på daværende tidspunkt netop gennemførte regler herom i værdipapirhandelsloven.<sup>1</sup> First North retter sig mod små og mellemstore selskaber – typisk nyere vækstselskaber – som ønsker at benytte kapitalmarkedet til kapitalanskaffelse, men som endnu ikke er indstillet på at lade sig notere på den traditionelle børs og derved blive underlagt de mere vidtgående regler og forpligtelser, der gælder for selskaber noteret på et reguleret marked. Selvom dette er tilfældet, har et af formålene med First North dog også været at fungere som 'børsmodner' og hermed som afsæt for en kommende notering på Børsens hovedmarked.

First North er i dag en del af NASDAQ OMX og omfatter fire markeder. Markederne drives af de enkelte børser, som indgår i NASDAQ OMX og omfatter First North Denmark, First North Sweden, First North Finland<sup>2</sup> samt First North Iceland. Selskaber, som handles på de enkelte First North-markeder, er underlagt et næsten ens regelsæt, First North Nordic – Rulebook, January 2009.

Ved udgangen af marts 2009 var der i alt 133 selskaber, der havde værdipapirer optaget til handel på First North-markederne, heraf 26 på First North

<sup>1</sup> Reglerne om alternative markedspladser blev med ikrafttræden den 26. juni 2005 indført i værdipapirhandelsloven §§ 42 b-e. Se nærmere herom *C.F. Malmqvist og Dan Moalem*, NTS 2006:2 s. 107 ff. Reglerne om alternative markedspladser findes nu i værdipapirhandelsloven kapitel 11b, §§ 42 c-f.

<sup>2</sup> First North Helsinki drives dog ikke af NASDAQ OMX Helsinki, men af NASDAQ OMX Stockholm.

Denmark. Hermed har denne form for markedsplads såvel i forhold til de udstedende selskaber som i forhold til investorerne vist sin berettigelse.

First North Sweden har i et vist omfang haft succes med at benytte First North som afsæt for en egentlig børsnotering, idet 10 selskaber efter optagelsen på First North Sweden er blevet noteret på hovedmarkedet NASDAQ OMX Stockholm. En tilsvarende udvikling er ikke set på First North Denmark. Tværtimod har en række selskaber på det danske First North-marked fået en meget negativ omtale blandt andet på grund af gentagne ledelses-svigt og politianmeldelser. I et enkelt tilfælde har Børsen besluttet tvangsmæssigt at slette et selskab fra First North, idet Børsen konkluderede, at der ikke længere eksisterede et selskab, der havde kompetencen og viljen til at opfylde de forpligtelser, der er gældende for selskaber optaget til handel på First North.<sup>3</sup> Hertil kommer, at likviditeten på det danske First North-marked er begrænset, specielt fordi professionelle investorer og analytikere ikke har vist større interesse for dette markedssegment. En opgørelse foretaget af Berlingske Tidende<sup>4</sup> viser desuden, at af de 26 selskaber på First North Denmark havde kun et selskab et positivt resultat i de regnskaber, som er offentliggjort i 2008, og for 20 af selskaberne var aktiekursen siden noteringen faldet mere end resten af aktieindekset.

Selvom First North-selskaberne er underlagt mindre vidtgående krav med hensyn til optagelse og løbende oplysningsforpligtelse end selskaber noteret på NASDAQ OMX's hovedmarked, har der i de senere år været et stigende antal sager, hvor Børsen har påtalt eller på anden vis gjort opmærksom på, at selskabernes oplysningsforpligtelse ikke er blevet overholdt på First North Denmark.<sup>5</sup> Dette er tilfældet, selvom First North-selskaberne har tilknyttet en certified adviser, som blandt andet har til opgave at rådgive selskaberne om deres oplysningsforpligtelser, samt sikre og overvåge at selskaberne overholder de forpligtelser, som følger af, at selskaberne har værdipapirer optaget til handel på First North, jf. nærmere nedenfor. Børsen har således i Afgørelser og Udtalelser 2008 offentliggjort 25 sager vedrørende selskaber og certified adviserer på First North Denmark. I 17 sager påtalte Børsen forholdet. Udviklingen førte ligeledes til, at Børsen i 2008 foretog en nærmere undersøgelse af certified adviseres rolle og overholdelse af gældende forpligtelser. Resultatet heraf er også offentliggjort i Afgørelser og Udtalelser 2008.

Efter en kort introduktion af de reguleringsmæssige rammer, som gælder for First North Denmark som alternativ markedsplads, vil der i det følgende

<sup>3</sup> Jf. Afgørelser og Udtalelser 2007 november nr. 7 omtalt nærmere i *Nis Jul Clausen*, NTS 2008:1 s. 49 ff.

<sup>4</sup> Jf. Berlingske Tidende, 14. april 2009, Business s. 12-13.

<sup>5</sup> Det skal bemærkes, at en tilsvarende forøgelse af sager om overtrædelse af reglerne på First North er konstateret på NASDAQ OMX Sweden.

blive foretaget en gennemgang og nærmere analyse af den særlige rolle- og ansvarsfordeling mellem selskabet og dets certified adviser i relation til selskabernes overholdelse af oplysningsforpligtelsen på First North. Analysen vil i særlig grad ske på baggrund af de afgørelser og udtalelser, som Børsen har offentliggjort i 2008.

## 2. Reguleringen af First North

I forhold til den *EU-retlige regulering* af markedspladser for systematisk handel med værdipapirer er First North ikke et reguleret marked. I relation til MiFID (direktivet om markeder for finansielle instrumenter 2004/39/EF<sup>6</sup>) er First North at betragte som en multilateral handelsfacilitet. Dette betyder blandt andet, at en lang række af EU's børsretlige direktiver ikke finder anvendelse ved udstedelse og omsætning af værdipapirer, som er optaget til handel på First North. Det gælder eksempelvis prospektdirektivet (2003/71/EF),<sup>7</sup> medmindre der er tale om udbud af værdipapirer på mere end 2,5 mio. EURO, gennemsigthedensdirektivet (2004/25/EF),<sup>8</sup> markeds-misbrugsdirektivet (2003/6/EF)<sup>9</sup> samt overtagelsestilbudsdirektivet (2004/25/EF).<sup>10</sup>

I henhold til *dansk ret* er First North Danmark som nævnt omfattet af reglerne om drift af en multilateral handelsfacilitet og de særlige regler om drift af alternative markedspladser, som findes i værdipapirhandelsloven §§ 40 til 42 f. Dette indebærer blandt andet, at værdipapirer kun kan optages til handel på First North, såfremt udstederen af værdipapiret har anmodet herom, og værdipapiret ikke er optaget til handel på et reguleret marked i Danmark eller tilsvarende markeder i andre lande, jf. værdipapirhandelsloven § 42 c, stk. 1.

Som udgangspunkt skal der ikke i forbindelse med optagelse af værdipapirer til handel på First North udarbejdes prospekter i overensstemmelse med værdipapirhandelslovens regler i §§ 21-26a og §§ 43-46, medmindre de særlige beløbsgrænser i disse bestemmelser overskrides ved udbuddet. Derimod skal selskaberne efter nærmere bestemmelser i First North Nordic – Rulebook kapitel 3 udarbejde en virksomhedsbeskrivelse.

Selvom det ikke er en følge af den EU retlige regulering, fremgår det af værdipapirhandelsloven, at de danske regler om storaktionærenes oplysningsforpligtelse, jf. værdipapirhandelsloven § 29 og reglerne om overtagelsestilbud, jf. § 31 og § 32 også gælder for værdipapirer, som handles på First North. Tilsvarende gælder forbuddene mod insiderhandel og kursma-

<sup>6</sup> Jf. EUT 2004 L 145/1.

<sup>7</sup> Jf. EUT 2003 L 345/64.

<sup>8</sup> Jf. EUT 2004 L 390/38.

<sup>9</sup> Jf. EUT 2003 L 96/16.

<sup>10</sup> Jf. EUT 2004 L142/12.

nipulation, samt de fleste øvrige regler om markedsmisbrug, herunder EU's Forordning om tilbagekøbsprogrammer og stabilisering (EF nr. 2273/2003) for værdipapirer på First North, se nærmere værdipapirhandelsloven § 39 a. Derimod gælder værdipapirhandelslovens regler om de udstedende selskabers oplysningsforpligtelser ikke for First North-selskaber.

Ud over den netop nævnte regulering af First North-selskaber i værdipapirhandelsloven er optagelseskrav for selskaberne og disses oplysningsforpligtelser fastlagt i den af NASDAQ OMX fastsatte *First North Nordic – Rulebook* (herefter betegnet regelsættet).<sup>11</sup> Regelsættet omfatter otte kapitler. Kravene til optagelse og virksomhedsplan findes i kapitel 3, løbende oplysningsforpligtelser i kapitel 4, kravene til certified adviser i kapitel 5, mens handelsregler og regler om medlemskab findes i kapitel 6. Hertil kommer fire bilag med særregler for de enkelte lande samt en række skemaer.

*Kravene til optagelse* til handel på First North i regelsættets kapitel 2 indebærer blandt andet, at

- der skal være et tilstrækkeligt udbud og efterspørgsel, hvilket indebærer et tilfredsstillende antal aktionærer, samt at mindst 10 % af aktierne er i offentlig besiddelse, eller at selskabet benytter en likviditetsformidler,
- de værdipapirer, som ønskes optaget til handel, skal være frit omsættelige,
- der skal udarbejdes en virksomhedsbeskrivelse/prospekt,
- selskabet skal have tilknyttet en certified adviser,
- selskabet skal acceptere og underskrive gældende generelle vilkår og betingelser for tilladelse til handel på First North,
- selskabet skal have den nødvendige organisation og medarbejdere for at kunne overholde kravene med henblik på offentliggørelse af markedsoplysninger.

Efter at værdipapirene er optaget til handel, er First North-selskaberne pålagt en *løbende oplysningsforpligtelse* over for markedet. Regelsættets pkt. 4.1(a) bestemmer generelt, at selskaberne hurtigst muligt skal offentliggøre enhver beslutning, som selskabet træffer, samt information om forhold vedrørende selskabet, som kan antages at få væsentlig betydning for kursen på selskabets værdipapirer. De mere specifikke regler om oplysningsforpligtelsen, eksempelvis ved afholdelse af generalforsamling, udskiftning af ledelsen mv., vedtagelse af incitamentsprogrammer, udbud af nye værdipapirer og ved skift af certified adviser, er klart mindre vidtgående og mindre detal-

<sup>11</sup> Det nugældende regelsæt trådte i kraft den 16. februar 2009 og findes i modsætning til tidligere alene i en engelsk version.



jerede end Børsens regler om oplysningspligt for selskaber på hovedmarkedet. Tilsvarende gælder reglerne om regnskabsmæssige oplysninger, hvor der på First North ud over årsrapporten alene stilles krav om offentliggørelse af en årsregnskabsmeddelelse og en halvårsrapport, jf. nærmere pkt. 4.5-4.7. Selskaberne skal ikke offentliggøre kvartalsrapporter eller andre periodemeddelelser, ligesom der ikke er særlige krav med hensyn til corporate governance. Der findes en særlig bestemmelse om offentliggørelse af forventet udvikling og ændringer heri, jf. pkt. 4.8, samt krav om offentliggørelse af transaktioner, som foretages af selskabets ledelse eller af personer med ledelsesansvar, jf. pkt. 4.13.

### 3. Ansvar for overholdelse af First North-selskabernes oplysningspligt

Det børs- og selskabsretlige udgangspunkt er, at det er ledelsen, det vil sige *bestyrelse og direktion*, sammenholdt med aktieselskabsloven § 54, der har ansvaret for, at det noterede selskab overholder reglerne om oplysningspligt mv. Tilsidesætter selskabet oplysningspligten, vil dette kunne påtales over for selskabets bestyrelse og direktion, ligesom selskabets ledelsesmedlemmer afhængig af de nærmere omstændigheder vil kunne straffes ved overtrædelse af oplysningspligten, jf. således den såkaldte Crisplant-sag, hvor selskabet ved byretten blev idømt en bøde på 100.000 kr. og den administrerende direktør en bøde på 25.000 kr. i forbindelse med tilsidesættelse af selskabets oplysningsforpligtelse.

Afhængig af de nærmere omstændigheder vil det noterede selskabs rådgivere og andre med særlig tilknytning til selskabet i et vist omfang skulle medvirke til, at selskabet overholder sin oplysningsforpligtelse. Der kan eksempelvis i forbindelse med børsmodningsprocessen være behov for at rådgive selskabet om forhold, som har betydning for, hvorledes selskabet skal organisere sig med henblik på at sikre overholdelse af oplysningspligten.<sup>12</sup> Men herudover påhviler der ikke rådgivere i børsnoterede selskaber selvstændige pligter i forbindelse med selskabernes overholdelse af oplysningsforpligtelsen. På dette punkt er situationen markant anderledes i selskaber noteret på First North.

Pligten til at overholde reglerne om oplysningspligt på First North påhviler naturligvis i første række selskabet og dets ledelse. I forbindelse med an-

<sup>12</sup> Jf. *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen: Børsretten II*, 3. udg. 2008 s. 149 ff. Sammenhold i øvrigt med den tidligere bestemmelse i Børsens Noteringsreglers kapitel II, afsnit 3, § 2, hvorefter det børsnoterede selskabs rådgivere og andre med særlig tilknytning til selskabet var pålagt en generel pligt til at medvirke til, at selskaberne overholdt de gældende oplysningsforpligtelser. Opstod der situationer, hvor rådgiverne mv. ikke mente, at et selskab overholdt oplysningsforpligtelsen, skulle rådgiverne straks forsøge at få selskabets ledelse til at ændre forholdet.

søgning om optagelse til handel på First North skal selskabet indgå aftale med en *certified adviser*, som også i tiden efter noteringen spiller en helt central og selvstændig rolle i relation til selskabernes overholdelse af oplysningsforpligtelsen. For at opnå Børsens tilladelse til at fungere som certified adviser skal der være tale om en juridisk person, som Børsen anser for at være egnet til at fungere som sådan.

De nærmere betingelser for at opnå tilladelsen som certified adviser fremgår af regelsættets pkt. 5.1.13. Det fremgår heraf blandt andet, at alle certified advisere skal udarbejde interne retningslinjer for handel med aktier i de selskaber, de er certified advisere for. Disse retningslinjer skal blandt andet bestemme, at en medarbejder, der er involveret i arbejdet som certified adviser, ikke må handle aktier eller aktierelaterede finansielle instrumenter i selskaber, som virksomheden er certified adviser for.<sup>14</sup>

Ifølge regelsættets pkt. 5.3 skal en certified adviser blandt andet:

- monitorere at selskabet i forbindelse med optagelsen og efterfølgende opfylder adgangskravene til First North,
- monitorere at selskabet opfylder sine oplysningsforpligtelser på First North,
- rådgive, støtte og opdatere selskabet om dets forpligtelser på First North,
- straks kontakte Børsen, hvis selskabet overtræder regelsættet for First North. Samtidig hermed skal certified adviser indlede en undersøgelse af overtrædelsen og hurtigst muligt underrette Børsen om konklusionen på denne undersøgelse,
- have mindst én udpeget kontaktperson tilgængelig til at besvare henvendelser fra Børsen, selskabet eller markedet inden for normal åbningstid.

<sup>13</sup> Listen over godkendte certified advisere omfatter ikke alene advokat- og revisionselskaber, men også selskaber, som driver forskellig form for rådgivningsvirksomhed, og som ikke nødvendigvis er underlagt en særlig professionsstandard.

<sup>14</sup> I forbindelse med Børsens undersøgelse af certified advisere i 2008 har Børsen over for en række certified advisere påpeget, at forbuddet mod de pågældende medarbejders handel med aktierne skal fremgå af deres interne retningslinjer. Se nærmere Afgørelser og Udtalelser 2008 (efter 1. juli) s. 34. I den forbindelse skal det i øvrigt bemærkes, at den koncern, som den certified adviser måtte være en del af, ikke må eje 10 pct. eller derover af aktierne eller stemmerettighederne i et selskab, som en virksomhed i koncernen er certified adviser for, jf. pkt. 5.3 i regelsættet.

Kravet om Børsens forudgående godkendelse af en certified adviser, og den selvstændige rolle og forpligtelse i relation til First North-selskabernes overholdelse af oplysningsforpligtelsen, som den certified adviser er tillagt, har givetvis haft til formål at forbedre mulighederne for, at selskaberne overholder de til enhver tid gældende regler. Men som det vil fremgå af det følgende, har det trods denne særegne ansvars- og rollefordeling mellem selskabet og certified adviser vist sig, at First North-selskaberne har vanskeligt ved at overholde de gældende oplysningsforpligtelser.

#### 4. Børsens praksis

Mens Børsen i Afgørelser og Udtalelser 2008 offentliggjorde 60 sager vedrørende selskaber noteret på hovedmarkedet, blev der offentliggjort 25 vedrørende selskaber på First North. Der blev relativt set givet betydelig flere påtaler på First North end på hovedmarkedet, og af de 17 påtaler på First North, var 11 rettet mod selskabets bestyrelse og direktion, mens 6 vedrørte certified adviser. Mens påtalerne på hovedmarkedet primært relaterer sig til manglende overholdelse af mere formelle krav, vedrører påtalerne på First North i væsentligt omfang materielle forhold, herunder erkendt manglende kendskab til nye regler om First North-selskabernes oplysningsforpligtelse.

##### 4.1 Selskabets ledelse

Børsens sager fra 2008 om ledelsens mulige tilsidesættelse af den oplysningspligt, som påhviler First North-selskaber, har især vedrørt følgende tre emner: Nedjustering af selskabets forventninger, afholdelse af generalforsamling, samt mangelfuld halvårsrapport.<sup>15</sup>

Det fremgår af regelsættet for First North pkt. 4.1, at et selskab hurtigst muligt skal offentliggøre enhver beslutning og anden information om forhold vedrørende selskabet, som må antages at få væsentlig betydning for kursen på selskabets værdipapirer. Hvis et selskab, som har offentliggjort forventninger til resultat eller omsætning, finder ud af, at forudsætningerne har ændret sig på en sådan måde, at resultatet forventes at afvige væsentligt fra det tidligere offentliggjorte, skal selskabet straks offentliggøre sådan information, jf. pkt. 4.8. For at kunne overholde denne *korrektionspligt* skal selskaberne etablere systemer, som sikrer en løbende økonomisk rapportering til selskabets ledelse. I sagerne<sup>16</sup> om mulig manglende rettidig *nedjustering* kommer kravet om løbende rapportering til udtryk derved, at Børsen i de enkelte sager anmoder selskaberne om detaljeret at redegøre for, hvor-

<sup>15</sup> Det skal bemærkes, at i de sager, som er omtalt nedenfor under 4.2. og hvor Børsen gav certified advisere en påtale, blev forholdet ligeledes og selvstændigt påtalt over for selskabets bestyrelse og direktion.

<sup>16</sup> Se Afgørelser og Udtalelser 2008 januar nr. 4 og 5 samt Afgørelser og Udtalelser 2008 (efter 1. juli) s. 35.

ledes den løbende rapportering er tilrettelagt generelt og anvendt i det konkrete tilfælde. Selskaberne skal således redegøre for, hvilke forretningsgange og rapporteringssystemer de har med henblik på at sikre, at selskabet løbende og hurtigt er i stand til at reagere på ændringer i selskabets tidligere forventninger, hvornår rapporteringen i det konkrete tilfælde er sket, hvilken rapportering der er foretaget, samt hvornår ledelsen blev opmærksom på ændringerne i forventningerne.<sup>17</sup>

I forbindelse med *afholdelse af generalforsamling* i First North-selskaber skal selskabet dels inden generalforsamlingens afholdelse offentliggøre en meddelelse om indkaldelse til generalforsamling i overensstemmelse med regelsættet, dels offentliggøre en meddelelse straks efter generalforsamlingens afholdelse med oplysninger om mødets drøftelser og beslutninger, som er af betydning for markedet, herunder om valg af bestyrelse og revisor samt om udbytte, jf. pkt. 4.9. Børsen har med henvisning hertil blandt andet påtalt, at der slet ikke blev offentliggjort en meddelelse om forløbet af generalforsamlingen, og at offentliggørelse skete fire, fem, syv og fjorten dage efter generalforsamlingens afholdelse.<sup>18</sup> Om baggrunden for den sene offentliggørelse henviste selskaberne blandt andet til misforståelse/fejl internt i selskabet eller i forhold til eksterne rådgivere, ligesom der er blevet henvist til, at selskabet var af den opfattelse, at der under forløbet af generalforsamlingen ikke var fremkommet oplysninger, som var væsentlige for markedet.

I juni 2007 blev der gennemført et næsten ens regelsæt for selskaber med værdipapirer noteret på de enkelte First North-markeder, hvilket blandt andet medførte en væsentlig ændring i og skærpelse af reglerne om offentliggørelse af *halvårsrapporter*.<sup>19</sup> De nye regler for halvårsrapporter skulle første gang iagttages i halvårsrapporten for 1. halvår 2008. Det fremgår nu af regelsættet pkt. 4.6, at First North-selskaber skal offentliggøre en halvårsrapport, og bestemmelsen opregner desuden en række oplysninger, som altid skal være indeholdt i halvårsrapporten. I foråret 2008 gjorde Børsen skriftligt alle First North-selskaber og alle certified advisere opmærksomme på, at halvårsrapporten efter de nye regler skal indeholde sammenligningstal for den tilsvarende periode i det foregående regnskabsår. Børsen understre-

<sup>17</sup> De forretningsgange og rapporteringssystemer, som First North-selskaberne skal etablere, skal ligeledes være indrettet således, at selskabets certified adviser modtager de informationer, som er nødvendige for at udføre dette hverv, jf. Afgørelser og Udtalelser 2008 januar nr. 5 og nærmere nedenfor under 4.2.

<sup>18</sup> Sager om manglende rettidig meddelelse i forbindelse med afholdelse af generalforsamling findes i Afgørelser og Udtalelser 2008 januar nr. 5, maj nr. 7 samt juni nr. 4, 6 og 7. Se desuden Afgørelser og Udtalelser 2008 (efter 1. juli) s. 30.

<sup>19</sup> Om de nye regler, se eksempelvis *Claus Molbech Bendtsen, Trine Bøgelund og Christian R. L. Nielsen*, Revision og Regnskabsvæsen 2008 nr. 6, s. 66 ff.

gede i den forbindelse, at det er væsentligt at være opmærksom herpå særligt for selskaber, der ikke tidligere havde offentliggjort halvårsrapporter, da disse selskaber ikke nødvendigvis allerede havde sammenligningstallene. Disse selskaber skulle således forberede sig på at kunne offentliggøre sammenligningstal fra 1. halvår 2007 ved halvårsrapporteringen for 1. halvår 2008. På trods heraf er der et betydeligt antal sager i 2008, hvor Børsen har påtalt, at selskaberne ikke har overholdt de nye skærpede krav til indholdet af halvårsrapporter.<sup>20</sup> Som begrundelse for den manglende iagttagelse angiver selskaberne, at man ikke var opmærksom på de ændrede regler, i et enkelt tilfælde at man ikke var i besiddelse af sammenligningstal for første halvår 2007.

#### **4.2 Selskabets certified adviser**

Det fremgår som nævnt af regelsættet pkt. 5.2, at certified adviser blandt andet skal, 1. monitorere at selskabet opfylder sine oplysningsforpligtelser på First North, 2. rådgive, støtte og opdatere selskabet om dets forpligtelser på First North, samt 3. straks kontakte Børsen, hvis selskabet overtræder regelsættet.

For at opfylde disse forpligtelser er det nødvendigt, at der mellem selskabet og certified adviser er etableret et system, som sikrer gensidig udveksling af informationer mellem selskabet og certified adviser. Selskaberne må indrette deres forretningsgange og rapporteringssystemer således, at certified adviser løbende modtager de informationer, som er nødvendige for at kunne udføre de opgaver, som certified adviser er pålagt.

Børsen har, foranlediget af de senere års sager, fundet anledning til at understrege vigtigheden af, at certified adviser ikke blot modtager informationen fra selskabet, men forholder sig aktivt til selskabernes forhold og informationer i forbindelse hermed.<sup>21</sup> Certified adviser er således forpligtet til aktivt at have løbende kontakt med selskabet og på eget initiativ holde sig orienteret om selskabets aktiviteter og forhold. Dette indebærer en løbende dialog med selskaberne om behovet for certified advisers involvering og deltagelse i generalforsamlinger, bestyrelsesmøder samt udarbejdelse af regnskabsmeddelelser. Med hensyn til selskabets generalforsamling bør certified adviser således informere selskabet om formalia vedrørende afholdelse heraf og være til stede på selve generalforsamlingen.

Med hensyn til processen omkring selskabets kommunikation til markedet og selskabets oplysningsforpligtelser skal certified adviser for at over-

<sup>20</sup> Den manglende overholdelse er ikke begrænset til manglende sammenligningstal, men vedrører også en lang række af de andre oplysninger, som nu skal gives i halvårsrapporten. Sagerne vedrørende påtaler i forhold til ledelsen er gengivet i Afgørelser og Udtalelser 2008 (efter 1. juli) s. 25-27. Se desuden nedenfor under 4.2.

<sup>21</sup> Jf. Afgørelser og Udtalelser 2008 (efter 1. juli) s. 34.

holde sine forpligtelser i forbindelse med selskabets regnskabsaflæggelse og ved øvrige oplysningsforpligtelser havde en tæt kontakt til selskabet. Certified advisers forpligtelse relaterer sig til såvel indholdet af som de tidsmæssige krav til selskabets kommunikation til markedet. Certified adviser skal således aktivt forholde sig til indholdet af selskabernes meddelelser. Opstår der særlige problemstillinger i forbindelse med en bestemt meddelelse, eksempelvis ved udarbejdelse af regnskabsaflæggelsen, som det kan være vanskeligt for selskabet at håndtere, skærpes kravene til certified advisers aktive involvering.

Børsens sager om certified advisers forpligtelser i forbindelse med selskabernes oplysningsforpligtelse har primært relateret sig til tilfælde, hvor selskaberne ikke har overholdt kravene i forbindelse med afholdelse af generalforsamling og offentliggørelse af årsrapport og halvårsrapport. Sagerne viser, at der er betydelig realitet bag Børsens krav om, at certified adviser skal involvere sig aktivt i selskabernes overholdelse af reglerne om oplysningspligt.<sup>22</sup>

I Afgørelser og Udtalelser 2008 juni nr. 5 offentliggjorde et selskab forløbet af den ordinære *generalforsamling* fire dage efter afholdelsen og ikke straks, som krævet. Certified adviser oplyste over for Børsen, at den manglende rettidige offentliggørelse skyldtes, at selskabet havde forstået reglerne således, at det var selve referatet af generalforsamlingen, der skulle offentliggøres. Misforståelsen skyldtes, at certified adviser ikke havde orienteret selskabet tilstrækkeligt om formalia vedrørende afholdelse af generalforsamling. Børsen påtalte over for certified adviser, at denne ikke i tilstrækkelig grad havde medvirket til, at selskabet overholdt sin oplysningspligt vedrørende afholdelse af generalforsamling.

Også i Afgørelser og Udtalelser 2008 juni nr. 8 påtalte Børsen forholdet over for certified adviser. Meddelelsen og forløbet af generalforsamlingen blev offentliggjort syv dage efter generalforsamlingen. Det fremgik af redegørelsen fra certified adviser, at der blev lavet udkast til referat efter generalforsamlingens afholdelse, men på grund af helligdage og fordi referatet skulle afstemmes med bestyrelsen og certified adviser, blev det først sendt til offentliggørelse via Company News Service fem dage senere. På grund af en fremsendelsesfejl fra selskabets side skete offentliggørelse først den følgende dag. Certified adviser havde været i løbende dialog med selskabet og var opmærksom på, at meddelelsen skulle have været offentliggjort tidligere, men havde respekt for, at selskabets ledelse har været under hårdt pres i perioden op til generalforsamlingen. Dette var dog ikke tilstrækkeligt til at undgå en påtale.

<sup>22</sup> Det skal bemærkes, at i de tilfælde, hvor Børsen har påtalt et forhold over for certified adviser, er forholdet ligeledes gennem en særskilt afgørelse refereret i Afgørelser og Udtalelser 2008 påtalt over for selskabets bestyrelse og direktion.

I sagen refereret i Afgørelser og Udtalelser 2008 (efter 1. juli) s. 30, hvor offentliggørelse skete ca. 14 dage efter generalforsamlingens afholdelse, modtog certified adviser ligeledes en påtale. Certified adviser havde her oplyst, at den forsinkede offentliggørelse skyldes en kommunikationsbrist i forbindelse med ansvarsoverdragelse af investor relation-delen i selskabet.

I Afgørelser og Udtalelser 2008 maj nr. 8 fandt Børsen derimod ikke anledning til at foretage sig yderligere over for certified adviser i et tilfælde, hvor selskabet offentliggjorde forløbet af den ordinære generalforsamling fem dage efter afholdelsen af generalforsamlingen.<sup>23</sup> Det fremgik af redegørelsen fra certified adviser, at denne forud for generalforsamlingen havde oplyst selskabets ledelse om retningslinjerne for afholdelse af generalforsamling, herunder også reglerne for offentliggørelse af forløbet af generalforsamling. Da certified adviser tre dage efter afholdelse af generalforsamlingen blev opmærksom på, at der endnu ikke var offentliggjort en meddelelse fra generalforsamlingen, rykkede han selskabets ledelse herfor. Meddelelsen blev offentliggjort to dage herefter.

I Afgørelser og Udtalelser 2008 april nr. 4 fremgik det af selskabets finanskalender, hvornår *årsrapporten* ville blive offentliggjort. Årsrapporten blev dog ikke offentliggjort på den annoncerede dato, og to dage herefter offentliggjorde selskabet en meddelelse, hvoraf det fremgik, at årsrapporten var blevet forsinket. Det fremgik endvidere, at årsrapporten forventedes at blive offentliggjort ca. 3 uger senere. Af certified advisers redegørelse til Børsen fremgik det, at denne inden offentliggørelse af selskabets finanskalender havde drøftet deadlines for årsrapporten med selskabet. Selskabet forventede på daværende tidspunkt ikke problemer med at nå at offentliggøre årsrapporten. På dagen for den annoncerede offentliggørelse af årsrapporten modtog certified adviser et udkast til den meddelelse, som skulle offentliggøres sammen med årsrapporten. Selskabet oplyste over for certified adviser, at der kun manglede ét tal inden offentliggørelsen, og certified adviser forventede derfor, at selskabet ville offentliggøre sin årsrapport samme dag om aftenen. Den følgende dag var certified adviser i kontakt med selskabet og dets revisor, som oplyste, at årsrapporten ville foreligge fra revisors side inden for få dage. To dage herefter kontaktede certified adviser Børsen for at drøfte, om der skulle offentliggøres en meddelelse om forsinkelsen samt indholdet af en sådan meddelelse. Samme dag blev en sådan meddelelse offentliggjort. På baggrund af dette hændelsesforløb påtalte Børsen over for certified adviser, at denne ikke i tilstrækkelig grad havde sikret sig, at selskabet overholdt sine oplysningsforpligtelser og informerede markedet om den ændrede dato for offentliggørelse af selskabets årsrapport.

<sup>23</sup> Forholdet blev derimod påtalt over for selskabets bestyrelse og direktion, jf. Afgørelser og Udtalelser 2008 maj nr. 7.

Som nævnt ovenfor er der i 2007 gennemført skærpede krav til First North-selskabernes *halvårsrapporter*. De nye regler skulle første gang iagttages ved selskabernes aflæggelse af halvårsrapport for første halvår af regnskabsåret 2008. I to tilfælde har Børsen over for certified adviser påtalt, at denne ikke i tilstrækkelig grad havde medvirket til at sikre, at selskaberne overholdt de nye regler.

I Afgørelser og Udtalelser 2008 (efter 1. juli) s. 28 manglede selskabets halvårsrapport for 1. halvår 2008 uddybende sammendrag af balancen, sammendrag af pengestrømsopgørelse og sammendrag af egenkapitalopgørelsen med sammenligningstal for samme periode i det foregående regnskabsår, resultat pr. aktie for halvårsperioden, antal udestående aktier samt oplysning om datoen for offentliggørelse af den næste regnskabsmeddelelse, hvilket er krav ifølge regelsættets pkt. 4.6. Børsen anmodede certified adviser om at redegøre for den proces, der havde været forud for offentliggørelsen af halvårsrapporten. Certified adviser blev endvidere anmodet om at redegøre for, hvilke tiltag denne havde gjort for at sikre, at selskabet overholdt sine forpligtelser i henhold til regelsættet, og hvorledes certified adviser havde været involveret i selskabets udarbejdelse og offentliggørelse af halvårsrapporten. Det fremgik af redegørelsen, at certified adviser i sin monitorering af selskabet tog udgangspunkt i og forventede, at det talmæssige udkast til halvårsmeddelelsen modtaget fra selskabet ville være i overensstemmelse med regelsættet. Certified adviser oplyste endvidere, at som led i vanlig praksis havde han været inkluderet i bestyrelsens og ledelsens korrespondance ved udformningen af halvårsregnskabet og fremsendt kommentarer hertil. Certified adviser oplyste, at denne proces skulle sikre, at halvårsmeddelelsen levede op til de informationsmæssige krav, men at han undlod at kontrollere de talmæssige krav i reglerne. På baggrund af redegørelsen lagde Børsen til grund, at certified adviser ikke havde været opmærksom på de nye regler om krav til halvårsrapporter. Børsen påtalte derfor, at certified adviser for selskabet ikke i tilstrækkelig grad havde sikret sig, at selskabet var bekendt med reglerne om halvårsrapporter.

En næsten tilsvarende situation forelå i sagen ligeledes refereret i Afgørelser og Udtalelser 2008 (efter 1. juli) s. 30, der også udløste en påtale over for certified adviser. Den af selskabet offentliggjorte halvårsrapport manglede blandt andet sammendrag af resultatopgørelsen, balancen, pengestrømsopgørelse og egenkapitalopgørelsen, herunder sammenligningstal for samme periode i det foregående regnskabsår. Det fremgik af certified advisers redegørelse til Børsen, at denne forud for udarbejdelsen af halvårsrapporten løbende havde modtaget udkast til halvårsrapporten og kommenteret herpå samme dag. I forbindelse med kommenteringen overså certified adviser de nye regler om halvårsrapporter.



## 5. Afsluttende bemærkninger

De afgørelser og udtalelser, som Børsen har offentliggjort vedrørende First North, og resultatet af undersøgelsen vedrørende certified adviseres overholdelse af de forpligtelser, som påhviler dem i kraft af funktionen som certified adviser, har dokumenteret, at visse First North-selskaber og certified adviser har haft problemer med at overholde de forpligtelser, som er gældende på First North. For at øge investorenes tillid til First North-markedet har NASDAQ OMX i 2007 gennemført væsentlige stramminger af forpligtelserne for selskaber med værdipapirer optaget til handel på First North, og senest, i 2008, har NASDAQ OMX etableret markedet First North Premier, hvor selskaberne er pålagt højere krav med hensyn til oplysningsforpligtelse og regnskabsmæssig standard.

*Men,*

*at* First North-selskaberne ikke altid overholder gældende regler om oplysningspligt over for markedet eller ikke altid har kendskab til disse reglers indhold, og

*at* dette skyldes manglende etablering eller anvendelse af effektive forretningsgange og rapporteringssystemer med henblik på sikring af overholdelse af reglerne på First North, er beklageligt.

Herved adskiller First North-selskaberne sig dog ikke nødvendigvis på afgørende vis fra selskaber på hovedmarkedet. Den manglende overholdelse kan dog indicere, at det er tvivlsomt, om disse selskaber på lidt længere sigt er egnede til at få værdipapirer påtaget til notering på hovedmarkedet.

*Derimod,*

*at* certified adviser ikke er i stand til at udfylde rollen som aktiv og selvstændig aktør på First North med henblik på at medvirke til og sikre, at First North-selskaberne overholder deres oplysningsforpligtelser, og

*at* certified adviser trods Børsens skrivelse herom ikke har kendskab til det gældende regelsæt og seneste ændringer heri, er yderst problematisk.

I forhold til First North-markedet og de investorer, som ønsker at investere i værdipapirer på dette marked, skulle ordningen med en obligatorisk certified adviser, omend ikke garantere, så dog stærkt medvirke til, at selskaberne overholder de til enhver tid gældende oplysningsforpligtelser. Man må som minimum kunne forlange, at certified adviser kender til de gældende regler og løbende følger med i ændringer heri.

*Derfor,*

har de af Børsen tagne initiativer med henblik på at sikre regeloverholdelsen på First North været nødvendige.

Men kun den kommende tid kan vise, om dette er tilstrækkeligt, eller om det bliver nødvendigt at tage mere drastiske midler i brug, herunder en yderligere skærpelse af kravene eller måske – mere effektivt – fratagelse af retten til at være certified advisere, når disses forpligtelser ikke opfyldes.

# Regionale handelsaftaler og WTO

af

*Bugge Thorbjørn Daniel*

## 1. Indledning

I denne artikel analyseres reglerne i regi af World Trade Organization for indgåelse af såkaldte regionale handelsaftaler (i WTO-terminologi »regional trade agreements«, eller »RTAs«) inden for handel med varer og tjenesteydelser. I dette indledende afsnit introduceres begrebet regionalisme, fulgt af en redegørelse for de retlige rammer samt forholdet mellem regionale aftaler og det multilaterale handelssystem.

### 1.1 Introduktion og terminologi

Siden afslutningen af Anden Verdenskrig har det primære forum for regulering af international handel været det institutionaliserede multilaterale handelssystem, siden 1. januar 1995 i World Trade Organization (WTO).<sup>1</sup> Parallelt med den multilaterale regulering af international handel har en lang række lande bilateralt eller i større grupper indgået i tættere samarbejde om fremme eller liberalisering af international handel. Denne tendens betegnes regionalisme. Det er vigtigt indledningsvist at understrege, at regionalisme hverken indebærer, at de samarbejdende WTO-medlemmer deler grænser, eller at de forefindes inden for samme geografiske region. Regionalisme indebærer således blot handelssamarbejde i mindre fora end det multilaterale samarbejde i WTO. I enkelte specifikke sammenhænge forudsættes dog geografisk nærhed.<sup>2</sup> I dag indgår stort set alle WTO-medlemmer i en eller anden form for regionalt samarbejde, og den stigende betydning heraf illustreres af, at WTO

<sup>1</sup> Generelt om etableringen af WTO, Daniel, B.T. (2005). WTO Adjudication. Forlaget Thomson, s. 27f.

<sup>2</sup> Se afsnit 2.1.5 *Tilgrænsende territorier – den lille grænsetrafik* og afsnit 2.2.3 *Tilgrænsende territorier – den lille grænsetrafik*.

primo 2009 oprettede et Regional Trade Agreement Information System på organisationens hjemmeside.

## 1.2 Retlige rammer for regionale handelsaftaler

De retlige rammer for regionalt handelssamarbejde mellem WTO-medlemmer er ikke umiddelbart gennemskuelige og bærer præg af, dels at være forudset ved etableringen af GATT, dels besluttet i GATT, dels at være udviklet i GATT og dels fastlagt som del af overgangen fra GATT til WTO. Her skal kort redegøres for det veritable kludetæppe af regelsæt, der gælder på området.

For så vidt angår handel med varer, findes reglerne om regionale aftaler i artikel XXIV i Den Almindelige Overenskomst om Told og Udenrigshandel<sup>3</sup> (herefter GATT XXIV), der på enkelte punkter er uddybet i en forklarende Note. I forbindelse med etableringen af WTO suppleredes GATT XXIV med »Forståelse vedrørende fortolkningen af artikel XXIV i Den Almindelige Overenskomst om Told og Udenrigshandel 1994« (herefter »1994-Forståelse«), der indgår i WTO-aftalekomplekset på lige fod med bestemmelserne i GATT 1947, jf. Almindelig overenskomst om Told og Udenrigshandel, 1994, § 1(c)(iv).<sup>4</sup> Regionalt samarbejde om handel med varer er endvidere reguleret i »Beslutning af 28. november 1979 om differentieret og gunstigere behandling, gensidighed og øget deltagelse for udviklingslandenes vedkommende« (herefter *Enabling Clause*).<sup>5</sup> *Enabling Clause* udgør del af WTO-systemet som en beslutning truffet i GATT, jf. Almindelig Overenskomst om Told og Udenrigshandel, 1994, § 1(b)(iv).<sup>6</sup> Endelig skal nævnes, at artikel XVI:1 i WTO-aftalen foreskriver, at WTO skal »ledes« af »beslutninger, procedurer og sædvanlige praksis« fulgt af organisationen GATT, og de derunder oprettede organer.

<sup>3</sup> General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

<sup>4</sup> I denne artikel anvendes den danske oversættelse af de relevante GATT-bestemmelser i Bekendtgørelse om Danmarks undertegnelse af Annecy-protokollen af 10. oktober 1949 vedrørende vilkårene for tiltrædelse af Den Almindelige Overenskomst om Told og Udenrigshandel, BKI nr. 48 af 21/07/1950, samt for WTO-aftalen, GATS og 1994-Forståelsen, Rådets afgørelse af 22. december 1994 om indgåelse på det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence, (94/800/EF), EFT nr. L 336 af 23.12.1994.

<sup>5</sup> Decision on *Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*, GATT Document L/4903.

<sup>6</sup> Formelt er sådanne beslutninger truffet af De Kontraherende Parter, der i GATT XXV:1 er defineret som de kontraherende parters optræden i fællesskab.

Regionalt samarbejde om handel med tjenesteydelser er reguleret i artikel V og *Vbis* i Den Almindelige Overenskomst om Handel med Tjenesteydelser<sup>7</sup> (herefter GATS V og GATS *Vbis*). Relevante definitioner findes i GATS XXVIII.

Med hensyn til overvågning af alle regionale handelsaftaler er i WTO vedtaget Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements (*Transparency Mechanism*).<sup>8</sup>

Endelig skal her for fuldstændighedens skyld nævnes, at det under WTO IX:3 under ekstraordinære omstændigheder er muligt for WTO-medlemmer at opnå fritagelse for forpligtelser, herunder etablering af ikke-generaliserede præferencer. Denne problematik vil ikke blive nærmere behandlet her.

### 1.3 Regionale aftaler og det multilaterale handelssystem

WTO er et system af regler, der er baseret på økonomisk teori, men med de modifikationer som politiske forhold har gjort nødvendige.<sup>9</sup> Det politiske og økonomiske forhold mellem regionale handelsaftaler og WTO er ikke entydigt. På den ene side kan regionale aftaler støtte og bidrage til udvikling af det multilaterale system. Mindre grupper af lande kan forhandle og indgå aftaler, der rækker videre, end hvad der multilateralt kan opnås enighed om. På sigt kan sådanne aftaler danne udgangspunkt for diskussioner eller udvikling af samarbejdet i WTO. På den anden side er regionale handelsaftaler i deres natur diskriminerende og dermed i strid med det grundlæggende princip om mestbegunstigelse som udtrykt i såvel præamblerne til WTO og GATT som i blandt andet GATT I, GATS II og TRIPS 4.<sup>10</sup> Et andet problem er, at de økonomiske fordele ved regionale aftaler ikke er entydige. Endelig kan regionale aftaler medføre manglende sammenhæng i regulering af international handel mellem regionale aftaler indbyrdes og i forholdet til det multilaterale system.

På denne baggrund søger WTO's regler om medlemsstaters indgåelse af regionale handelsaftaler at sikre, at sådanne aftaler sænker handelsbarriererne mellem de deltagende WTO-medlemmer, men uden derved at hæve barriererne for andre WTO-medlemmer. Af GATT XXIV:4 fremgår således, at formålet med etablering af en toldunion eller et frihandelsområde under GATT XXIV »bør være at lette handelen mellem parterne og ikke at skabe skranker for andre kontraherende Parters handel med disse«. Med *1994-Forståelsen* suppleres dette med bekræftelse af, at oprettelse eller udvidelse

<sup>7</sup> General Agreement on Trade in Services (GATS).

<sup>8</sup> WTO-dokument WT/L/671.

<sup>9</sup> Se hertil Daniel, B.T. (2005). WTO Adjudication. Forlaget Thomson, 68ff.

<sup>10</sup> Se hertil Ibid. para. 297.

af sådanne områder »i videst muligt omfang skal undgå, at der opstår ugunstige virkninger for andre medlemsstaters handel«. Ordvalget indikerer, at dette hensyn mere har karakter af en hensigtserklæring end en forpligtelse.<sup>11</sup> Appellinstansen har udtalt om GATT XXIV:4, at denne bestemmelse ikke udgør en selvstændig forpligtelse, men derimod udtrykker det gennemgående princip i GATT XXIV, der har fundet specifikt udtryk i de øvrige bestemmelser.<sup>12</sup> Dette indebærer, at resten af GATT XXIV skal fortolkes i lyset af det hermed formulerede princip.

I modsætning hertil forpligter *Enabling Clause* til, at arrangementer hjemlet heri skal være designet til at fremme handel og ikke må hæve handelsbarrierer eller skabe unødige besværligheder, jf. § 3(a). Ud over formuleringen af en pligt er det bemærkelsesværdigt, at *Enabling Clause* forbyder etablering af unødige besværligheder, ud over handelsbarrierer, jf. § 3(b). Det er uklart, om denne tilføjelse indebærer, at rammerne for anvendelsen af hjemlen i *Enabling Clause* er snævrere.

I GATS V:4 udtrykkes en pligt til at »forenkle samhandelen mellem aftalens parter« i regionale aftaler, og medlemmer forpligtes til »ikke for noget medlem, der står uden for aftalen, [at] øge de samlede hindringer for handelen med tjenesteydelser inden for de respektive sektorer eller undersektorer i forhold til situationen forud for en sådan aftale«. Sammenholdes med Appellinstansens konklusion, at GATT XXIV:4 er en hensigtserklæring og ikke en selvstændig forpligtelse, må GATS V:4 indebære en selvstændig forpligtelse, hvilket stemmer overens med kravet i denne bestemmelse om, at »enhver aftale omhandlet i stk. 1 skal (...)«.

Uanset om princippet udtrykkes som en forpligtelse eller ej og uanset rækkevidden i de specifikke sammenhænge, er det et gennemgående træk, at en balance mellem regionale aftaler og det multilaterale handelssystem er tilsigtet, hvor de første udgør undtagelser til det sidste. Præamblen til WTO-aftalen, der udstikker de overordnede mål for det multilaterale handelssystem, henviser ikke til regionale aftaler. I præamblen oplistes en række andre områder, der sammenfattende kan beskrives som modstående interesser til det multilaterale handelssystem, f.eks. særlige hensyn til udviklingslande, princippet om bæredygtig udvikling og miljøbeskyttelse. Når henses til, at andre af de hensyn, der har fundet udtryk i præamblen til WTO-aftalen, er blevet inddraget i og har påvirket fortolkningen af undtagelserne i GATT XX i tvistbilæggesystemet, kan denne manglende henvisning få til konsekvens,

<sup>11</sup> Af den her anvendte oversættelse, jf. note 4, fremgår med brugen af »skal« i *1994-Forståelsen*, at dette er en forpligtelse, mens den engelske originalversion som i øvrigt GATT XXIV anvender det vejledende »should«.

<sup>12</sup> *Turkey – Textiles & Clothing*, WT/DS34/AB/R, para. 57.

at adgangen til at indgå regionale aftaler yderligere kvalificeres.<sup>13</sup> På den anden side kan det ikke udelukkes, at WTO's tvistbilægningssystem i et vist omfang vil være bevidst om politiske realiteter og derfor tilbøjelig til at fortolke reglerne om etablering af regionale aftaler restriktivt.<sup>14</sup>

#### 1.4 Oversigt over fremstillingen

I denne artikel præsenteres i nævnte rækkefølge de materielle betingelser for etablering af regionale handelsaftaler inden for handel med varer og tjenesteydelser, efterfulgt af en kort oversigt over processuelle betingelser.

## 2. Materielle betingelser

I dette afsnit redegøres for de materielle betingelser for etablering af regionale handelsaftaler inden for henholdsvis varer og tjenesteydelser.

Twister mellem WTO-medlemmer vedrørende anvendelsen af reglerne om regionale aftaler kan forelægges Tvistbilægningssystemet.<sup>15</sup>

### 2.1 Handel med varer

Inden for handel med varer findes i GATT XXIV regler om etablering af toldunioner og frihandelsområder samt foreløbige overenskomster med henblik på dannelse af toldunioner eller frihandelsområder. Foreløbige overenskomster behandles ikke selvstændigt her, da de blot er indledende skridt på vejen mod etablering af toldunioner eller frihandelsaftaler.<sup>16</sup> Hertil kommer regler i GATT XXIV om den lille grænsetrafik og endelig, som et kuriosum, visse særlige historisk betingede særregler. *Enabling Clause* hjemler etablering af regionale aftaler mellem udviklingslande.

I det følgende behandles første indledende spørgsmål vedrørende GATT XXIV, hvorefter fokus skifter til de forskellige typer regionalt samarbejde: toldunioner, frihandelsområder, *Enabling Clause*, den lille grænsetrafik og historisk betingede særregler.

#### 2.1.1 GATT artikel XXIV

Af *1994-Forståelsen* fremgår, at det er en forudsætning for toldunioners og frihandelsområders lovlighed, at disse opfylder betingelserne i GATT

<sup>13</sup> Som eksempel på brugen af hensyn udtrykt i WTO-aftalens præambel i fortolkningen af de generelle undtagelser til GATT, se Appellinstansens fortolkning af udtømmelige naturlige ressourcer i *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R.

<sup>14</sup> Se hertil Daniel, B.T. (2005). *WTO Adjudication*. Forlaget Thomson, s. 297ff.

<sup>15</sup> GATT XXII og XXIII; *1994-Forståelsen*, §§ 12-15; for så vidt angår *Enabling Clause*, DSU 1.1, jf. Bilag 1; GATS XXII og XXIII. Se i øvrigt Daniel, B.T. (2006). *Introduktion til WTO's tvistbilægningssystem*. Forlaget Thomson.

<sup>16</sup> Jf. GATT XXIV:5 og 7.

XXIV:5, 6, 7 og 8, jf. § 1. Af GATT XXIV:10 fremgår, at GATT's medlemmer med »fælles optræden«, jf. GATT XXV:1, kan vælge med to tredjedele flertal at godkende forslag til toldunioner eller frihandelsområder, der ikke fuldt ud opfylder GATT XXIV:5-9.<sup>17</sup> GATT XXV:5 opstiller materielle krav til toldunioner og frihandelsområder. GATT XXIV:6 præciserer proceduren for eventuelle forhøjelser af toldsats, der er yderligere præciseret i *1994-Forståelsen*, § 4-6. GATT XXIV:7, der foreskriver proceduren for indtrædelse i toldunioner eller frihandelsområder, suppleres af *1994-Forståelsen*, § 7-11. GATT XXIV:8 indeholder definitioner på toldunioner og frihandelsområder.

I denne sammenhæng skal dvæles en stund ved GATT XXIV:5, der indledningsvist med henvisning til den i GATT XXIV:4 beskrevne balance præciserer, at »bestemmelserne i denne Overenskomst ikke [skal] forhindre dannelsen af en toldunion eller af et frihandelsområde mellem de kontraherende Parter indbyrdes«. Umiddelbart synes henvisningen til »bestemmelserne« at kunne læses som en henvisning til alle bestemmelser i GATT, men Appellinstansen har fortolket dette således, at GATT XXIV kan retfærdiggøre foranstaltninger, der strider mod »visse andre GATT-bestemmelser«.<sup>18</sup> Hermed synes åbnet for, at visse typer nationale foranstaltninger ikke kan retfærdiggøres under bestemmelsen, og efterfølgende bemærker Appellinstansen udtrykkeligt, at der ikke tages stilling til, om krænkelse af GATT XI (om almindelig ophævelse af kvantitative restriktioner) og GATT XIII (om ikke-diskriminerende administration af kvantitative restriktioner) kan retfærdiggøres. Konkret fremkom disse betragtninger i en sag, hvor GATT XXIV blev påberåbt som en undtagelsesbestemmelse, og hvor restriktive virkninger på samhandelen indgår i vurderingen af en national foranstaltnings lovlighed. Det er ikke klart, om Appellinstansens forbehold er generelle eller er møntet på den særlige konkrete situation.

Af den forklarende Note til GATT XXIV:5 fremgår, at det er en følge af mestbegunstigelsesklausulen i GATT I, at forskellen mellem eventuelle præferencetoldsats og mestbegunstigelsesbestemmelserne skal opkræves ved genudførelse til andre medlemmer af en toldunion eller frihandelsområde fra det land, hvortil varen blev indført til en præferencetoldsats.

### 2.1.2 Toldunioner

En toldunion er *defineret* som en erstatning af to eller flere toldområder med et enkelt toldområde, jf. GATT XXIV:8(a). Et toldområde er defineret som »et område, med hensyn til hvilket særskilte toldsats eller andre bestem-

<sup>17</sup> Om GATT-medlemmers »fælles optræden« under betegnelsen »De Kontraherende Parter«, se Daniel, B.T. (2005). *WTO Adjudication*. Forlaget Thomson, s. 90f.

<sup>18</sup> Se hertil *Turkey – Textiles & Clothing*, WT/DS34/AB/R, para. 58 (»certain other GATT provisions«).



melser vedrørende handelen opretholdes for en væsentlig del af et sådant områdes handel med andre områder«, jf. GATT XXIV:2. Denne definition giver anledning til tre indledende bemærkninger.

For det første indgår ikke blot told, men tillige andre bestemmelser vedrørende handel.

For det andet er en toldunion defineret i forhold til toldområder, hvorved undgås prekære og potentielt konfliktfyldte spørgsmål om et områdes eventuelle status som stat. Dette stemmer overens med WTO-aftalens artikel XII:1, der åbner for medlemskab for stater eller særskilte toldområder med fuldt handelsmæssigt selvstyre samt med GATT XXIV:1, der præciserer, at GATT skal anvendes på de WTO-medlemmers »hovedlandes toldområder«, samt andre toldområder i forhold til hvilke, GATT er tiltrådt. GATT XXIV:12 forpligter i øvrigt alle WTO-medlemmer til at træffe rimelige foranstaltninger under deres myndighed til at sikre, at »regionale og lokale regeringer og myndigheder« overholder GATT. Dette understreges tillige i *1994-Forståelsen*, § 13, der udtrykkeligt fremhæver, at sådanne foranstaltninger kan vurderes af Tvistbilæggelsesorganet under GATT XXII og XXIII som bearbejdet og anvendt i Tvistbilæggelsesforståelsen (DSU).<sup>19</sup> I denne sammenhæng påhviler det medlemsstaterne at træffe rimelige foranstaltninger til gennemførelse af Tvistbilæggelsesorganets konklusioner, eventuelt, i fald WTO stridige bestemmelser ikke kan ændres, ved anvendelse af reglerne om kompensation og suspension i DSU 22, jf. *1994-Forståelsen*, § 14.<sup>20</sup>

For det tredje er det en forudsætning, at en væsentlig del af et toldområdes handel er omfattet af særskilte toldsatser og andre bestemmelser. Det fremgår ikke af bestemmelsen, hvor stor en andel, der kan betegnes som »en væsentlig del«, og der kan ikke i praksis findes overvejelser herover. Intentionen synes at have været, at enkelte undtagelser, hvor flere toldområder har anvendt samme toldsatser eller andre bestemmelser, ikke har skullet kunne hindre etablering af en toldunion.

En toldunion skal have et internt og et eksternt element.

Med hensyn til *det eksterne element* skal i handelen med de områder, der ikke omfattes af unionen, anvendes »praktisk talt de samme afgifter og bestemmelser vedrørende handelen«, jf. GATT XXIV:8(a)(ii). Undtaget herfra er visse toldpræferencer, jf. GATT XXIV:9.<sup>21</sup> Toldunionen skal etablere en fælles eksternt handelspolitik, forstået således, at hvert enkelt medlem skal

<sup>19</sup> WTO Annex 2, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes.

<sup>20</sup> Se hertil f.eks. den ikke-vedtagne GATT panelrapport *Canada – Measures Affecting the Sale of Gold Coins*, L/5863, para. 65.

<sup>21</sup> Fastlagt under GATT II:2.

anvende praktisk talt de samme toldsatser og andre bestemmelser som de øvrige, ud fra en såvel en kvantitativ som en kvalitativ vurdering.<sup>22</sup> Appellinstansen finder, at dette nok er fleksibelt, men at en stor grad af ensartethed i toldsatser og regulering forudsættes; konkret underkendtes panelets henvisning til »sammenlignelig handelsregulering med tilsvarende virkninger«.<sup>23</sup> For toldsatser er især det kvantitative element vigtigt, for andre bestemmelser vil det kvalitative element antage større betydning.

*Internt* er etableringen af en toldunion betinget af afskaffelse af »afgifter og andre restriktive bestemmelser vedrørende handel« mellem de af toldunionen omfattede områder, GATT XXIV:8(a)(i). Foranstaltninger, der er omfattet af en række nærmere angivne undtagelsesbestemmelser, kan imidlertid oprettholdes i den interne handel.<sup>24</sup> Der er to muligheder til afgrænsning af omfanget af den handel, der forudsættes omfattet af toldunionen. Enten skal unionen vedrøre »praktisk taget hele handelen« (den store union) eller også skal den »i det mindste« vedrøre »praktisk taget hele handelen« med varer, der stammer fra de af unionen omfattede områder (den lille union).<sup>25</sup> Hermed er klart etableret en undergrænse for en toldunions handelsmæssige dækning.

Det er mindre klart, om forholdet mellem de to positioner skal opfattes som en skala eller, hvorvidt de udgør alternativer. Til fordel for, at der er tale om en skala, taler det forhold, at en sådan starter ved »den lille union« og herudover kan omfatte nærmere definerede områder af handelen med eksterne varer. Herved overlades toldunionens medlemmer ganske stor fleksibilitet. Til fordel for en enten/eller løsning taler, at definitionen kan læses således at »den store union« foretrækkes, men at »den lille union« står tilbage som en undtagelse. »Den lille union« er imidlertid problematisk, når den sammenholdes med kravene til det eksterne element. Konsekvensen af at lade det interne og det eksterne element have forskellig rækkevidde i forhold til den omfattede handel vil være, at varer oprindende uden for toldunionen skal importeres ind i unionen under en fælles handelspolitik, mens de i eventuel efterfølgende handel internt i unionen kan være underlagt forskellige toldsatser/andre bestemmelser, hvorimod internt producerede varer under alle omstændigheder frit kan handles. Dette indebærer øget risiko for negativ påvirkning af konkurrencevilkårene for varer oprindende uden for toldunionen. På

<sup>22</sup> *Turkey – Textiles & Clothing*, WT/DS34/AB/R, para. 49.

<sup>23</sup> *Turkey – Textiles & Clothing*, WT/DS34/AB/R, para. 50. Appellinstansen ordvalg var »sameness«.

<sup>24</sup> I bestemmelsen henvises til GATT XI, XII, XIII, XIV og XX. Se *Turkey – Textiles & Clothing*, WT/DS34/AB/R, para. 48.

<sup>25</sup> Sammenlign med kravet til etablering af et frihandelsområde afsnit 2.1.3 *Frihandelsområder*.

denne baggrund vil det være velbegrunderet at betragte »den lille union« som en exceptionel undtagelse.

Med henvisning til, at det hverken i GATT eller WTO er uddybet, hvad der menes med »praktisk talt hele« handelen, har Appellinstansen konstateret, at dette på den ene side ikke omfatter al handel, men på den anden side omfatter betydeligt mere end blot noget af handelen.<sup>26</sup> Appellinstansen understreger, med henvisning til panelets analyse, at der hermed sættes begrænsninger op for fleksibiliteten i bestemmelsen.<sup>27</sup> Appellinstansens analyse var konkret møntet på »den store union«, men det synes uproblematisk i givet fald at overføre overvejelserne til »den lille union«, da der er tale om et relativt forhold inden for hver enkelt kategori.

Etablering af en toldunion må ikke være et påskud for at øge barriererne for handel. I forholdet til andre kontraherende Parter skal toldsætter og andre bestemmelser vedrørende handel forud for etableringen af en toldunion derfor sammenholdes med de sætser og reguleringer, der pålægges ved oprettelsen af en toldunion. Det er en betingelse, at de sidste ikke »som helhed [må] være højere eller mere restriktive« end de første, jf. GATT XXIV:5(a). Foreslåede ændringer i de under GATT II bundne toldsætter skal procedurerne i GATT XXVIII følges, jf. GATT XXIV:6, med den tilføjelse, at alle unionens reduktioner skal tages i betragtning ved fastlæggelse af en eventuel kompenserende ordning heri. Dette fastholdes i *1994-Forståelsen*, § 4-6, der tilføjer, at WTO-medlemmer, der drager fordel af toldnedsættelse i forbindelse med andre WTO-medlemmers indgåelse af en toldunion, ikke forpligtes til selv at »foretage kompenserende tilpasning« overfor medlemmerne af toldunionen.<sup>28</sup>

Med hensyn til told og afgifter skal vurderingen af effekterne af oprettelsen ske på baggrund af »en generel vurdering af det vejede gennemsnit af toldsætterne og den opkrævede told« baseret på importstatistikker fra en forudgående repræsentativ periode, jf. *1994-Forståelsen*, § 2, der ydermere fastslår, at det er de anvendte og ikke de bundne toldsætter, der skal tages i betragtning. Mere specifikt fastslås, at pågældende toldunion skal levere importstatistikkerne »efter toldposition og angivet i værdi og mængde for delt på WTO-oprindelsesland« og, at WTO-sekretariatet skal forestå beregningen af »det vejede gennemsnit af toldsætterne og den opkrævede told efter den metode, der er anvendt ved vurdering af toldtilbuddene i Uruguay-rundens multilaterale handelsforhandlinger«. For så vidt angår vurderingen af virkning af andre bestemmelser anerkendes, at »kvantificering og aggregering« kan blive vanskelig og i sådanne tilfælde kan det blive nødvendigt at undersøge »indi-

<sup>26</sup> *Turkey – Textiles & Clothing*, WT/DS34/AB/R, para. 48.

<sup>27</sup> *Ibid.*, para. 48.

<sup>28</sup> Se tilsvarende for GATS nedenfor afsnit 2.2.1 *Økonomisk integration*.

viduelle foranstaltninger, bestemmelser, varedækning og de berørte handelsstrømme«, jf. *1994-Forståelsen*, § 2.

### 2.1.3 Frihandelsområder

Et frihandelsområde består af en gruppe af to eller flere toldområder<sup>29</sup>, der skal opfylde visse betingelser i forhold til den interne handel mellem disse områder, jf. GATT XXIV:8(b).

Et frihandelsområde har udelukkende et internt element. For et frihandelsområde gælder, at »afgifter og andre restriktive bestemmelser« skal afskaffes for så vidt angår »praktisk talt hele handelen« mellem de af frihandelsområdet omfattede områder »med varer, som stammer fra disse områder«, GATT XXIV:8(b). Dette svarer i omfattede varer til »den lille toldunion«. <sup>30</sup> Hvert enkelt toldområde opretholder egne toldsats og bestemmelser for varer oprindende uden for frihandelsområdet. Formelt er der intet til hinder for, at et frihandelsområde kan omfatte fjernelse af told/andre bestemmelser for så vidt angår handel inden for frihandelsområdet med varer oprindende uden for området. I praksis vil dette dog formentlig medføre, at (stort set) al handel med de pågældende produkter vil finde den billigste/mindst restriktive vej ind i frihandelsområdet.

Etablering af et frihandelsområde må ikke medføre hævede barrierer for handel med varer oprindende uden for frihandelsområdet. For hver enkelt af de i frihandelsområdet deltagende toldområder må toldsats og andre bestemmelser, der sættes i kraft ved etableringen, ikke være »højere eller mere restriktive« end de toldsats/bestemmelser, der bestod forud for dannelsen af frihandelsområdet, jf. GATT XXIV:5(b). Denne bestemmelse er parallel til GATT XXIV:5(a) vedrørende toldunioner, men er i modsætning til denne hverken uddybet i Noten til GATT XXIV eller i *1994-Forståelsen*. Det synes imidlertid berettiget at anvende de i *1994-Forståelsen* beskrevne principper. Dette indebærer for det første, at sammenligningen skal ske på baggrund af de anvendte og ikke de bundne toldsats. For det andet skal udregningen ske på baggrund af importstatistikker efter »toldposition og angivet i værdi og mængde fordelt på WTO-oprindelsesland«. <sup>31</sup> Med hensyn til kvantificering og aggregering af virkningen af andre bestemmelser end told, er dette, som det også fremgår af *1994-Forståelsen* vanskeligt, men det må antages at være relativt enklere, når vurderingen skal ske i forhold til medlemmerne af et frihandelsområde enkeltvis.

<sup>29</sup> Definitionen på toldområder findes i GATT XXIV:2, se hertil ovenfor under afsnit 2.1.2 *Toldunioner*.

<sup>30</sup> Se hertil ovenfor afsnit 2.1.2. *Toldunioner*.

<sup>31</sup> Se ovenfor afsnit 2.1.2. *Toldunioner*.

#### 2.1.4 *Enabling Clause*

Som undtagelse til mestbegunstigelsesklausulen i GATT I kan udviklingslande/udviklingsterritorier under *Enabling Clause* indgå aftaler om differentieret og gunstigere behandling af varer handlet med andre udviklingsland/territorier<sup>32</sup>, § 1 jf. § 2(c). Det bemærkes, at terminologien i *Enabling Clause* ikke er konsekvent, idet § 1 henviser til »udviklingsland«/»udviklingsterritorier«, mens § 2(c) anvender betegnelsen »mindre udviklede«. <sup>33</sup> Dette synes dog uden betydning, da § 2 udtrykkeligt henviser til § 1.

Aftaler indgået under *Enabling Clause* adskiller sig på en række punkter fra bestemmelserne i GATT XXIV. For det første kan sådanne aftaler udelukkende indgås af udviklingslande/udviklingsterritorier. For det andet er det præciseret, at sådanne aftaler kan være regionale såvel som globale. For det tredje er der intet krav om, at en vis andel af handelen skal være omfattet af et sådant arrangement. Det vil således være muligt at indgå aftaler med et ganske snævert sigte. For det fjerde sondres mellem told og andre bestemmelser, således at told frit kan reduceres eller fjernes, mens muligheden forbeholdes for, at GATT som organisation kan foreskrive kriterier og betingelser for reduktion eller fjernelse af andre bestemmelser. Hertil kommer, at oprindelsen af de omfattede produkter ikke er reguleret. Således henvises i bestemmelsen blot til varer importeret til og fra de deltagende lande/territorier. I praksis må det dog antages, at sådanne aftaler enten kun vedrører varer oprindende i de deltagende lande/territorier eller kombineres med en stort set ensartet eksternt handelspolitik. Endelig består en forpligtelse til ikke at hæve handelsbarrierer over for handel med andre WTO-medlemmer, jf. § 3(a).<sup>34</sup>

#### 2.1.5 *Tilgrænsende territorier – den lille grænsetrafik*

Under GATT XXIV:3(a) gives WTO-medlemmer mulighed for at indrømme særlige fordele til »tilstødende lande«. <sup>35</sup> I modsætning til toldunioner/frihandelsområder, der vedrører toldområder og *Enabling Clause*, der vedrører lande/territorier er GATT XXIV:3(a) rettet udelukkende mod lande.

Den lille grænsetrafik hjemler indrømmelse af fordele mellem lande, der er »tilstødende«. Bestemmelsens kerneområde er lande, hvis landterritorium fysisk grænser op til hinanden. Det er imidlertid mindre klart, hvorvidt tilgrænsende territorialfarvand omfattes, om end dette formentlig er tilfældet, da der

<sup>32</sup> *Enabling Clause* omfatter udviklingsterritorier, jf. note 1 til § 1.

<sup>33</sup> »Developing countries«/»developing territories« og »less-developed«.

<sup>34</sup> Se hertil ovenfor afsnit 1.3. *Regionale aftaler og det multilaterale handelssystem*.

<sup>35</sup> Den anvendte term i den engelske originaltekst er »adjacent countries«.

er tale om tilgrænsende suverænitet.<sup>36</sup> I praksis kan det tænkes, at en løsning på dette spørgsmål vil skæve til, hvorvidt de pågældende lande historisk har haft handelsmæssigt samkvem, altså om havet har haft en sammenbindende eller adskillende funktion. Samme betragtning kan gøre sig gældende, hvor historiske eller internationale stræder adskiller to staters territorialfarvand, der ellers ville have været tilgrænsende. Den omvendte konklusion gælder formentlig for tilstødende fiskerizoner/eksklusive økonomisk zoner. Her er en eventuel større afstand i sig selv en bidragende faktor, men vigtigere er nok, at farvandene over disse zoner betragtes som åbent hav med hensyn til sejlads.<sup>37</sup> Samme betragtning gælder tilstødende kontinentalsokler.<sup>38</sup>

### *2.1.6 Visse særlige historisk betingede regler*

Som et kuriosum skal her kort nævnes to historisk betingede regelsæt.

For det første falder særlige fordele indrømmet Det Frie Territorium Trieste af tilgrænsende lande uden for anvendelsesområdet for GATT/WTO, forudsat overensstemmelse med traktaterne om fredsslutningen efter anden verdenskrig, jf. GATT XXIV:3(b).

For det andet gives Indien og Pakistan, med henvisning til de »ekstraordinære forhold«, der er opstået ved disse landes etablering som selvstændige stater og i erkendelse af, at de »længe har udgjort en økonomisk enhed«, mulighed for at træffe »særlige aftaler angående deres samhandel«, jf. GATT XXIV:11. I den uddybende Note accepteres, at sådanne særlige aftaler kan afvige fra enkelte bestemmelser i GATT, men det indskræpes samtidig, at de i almindelighed vil stemme overens med forpligtelserne heri. Det nærmere forhold mellem »enkelte« og »i almindelighed« er ikke nærmere forklaret.

## **2.2 Handel med tjenesteydelser**

Den Almindelige Overenskomst om Handel med Tjenesteydelser (GATS) omfatter foranstaltninger truffet af WTO-medlemmer, som påvirker handelen med tjenesteydelser, jf. GATS I:1. Tjenesteydelser omfatter »alle tjenesteydelser i alle sektorer« dog undtaget sådanne tjenesteydelser, der er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, jf. GATS I:3(b)-(c). Handel med tjenesteydelser er defineret i forhold til fire forskellige typer af levering, grænseoverskridende, udenlandsk forbrug, handelsmæssig tilstedeværelse samt fysisk tilstedeværelse, jf. GATS I:2(a)-(d). Handelsmæssig tilstedeværelse omfatter enhver type virksomhed eller foretagende, der udøver liberalt erhverv, jf. GATS XXVIII(d). Levering inkluderer fremstilling, distribution, markeds-

<sup>36</sup> FN's Havretskonvention, art. 2.

<sup>37</sup> FN's Havretskonvention, art. 58, jf. art. 87.

<sup>38</sup> FN's Havretskonvention, art. 78, jf. art. 87.

føring og salg af tjenesteydelser, jf. GATS XXVIII(b). Foranstaltninger truffet af WTO-medlemmer omfatter foranstaltninger truffet af centrale, regionale eller lokale regeringer og myndigheder samt beføjelser delegeret af disse til ikke-statslige organer, jf. GATS I:3(a)(i)-(ii). Medlemmers foranstaltninger, der påvirker handelen, defineres bredt, jf. GATS XXVIII(a) og (c). GATS består af generelle forpligtelser, som alle WTO-medlemmer er forpligtet til at opfylde i forhold til og særlige forpligtelser som medlemmerne som led i en gradvis liberalisering indgår under aftalens Del III.

Materielle betingelser for etablering af regionale aftaler om handel med tjenesteydelser findes i GATS V om økonomisk integration, i GATS *Vbis* om arbejdsmarkedsintegration og endelig i GATS V om den lille grænsetrafik.

### 2.2.1 Økonomisk integration

Under overskriften »Økonomisk integration« kan WTO-medlemmer under GATS V indgå aftaler om liberalisering af handel med tjenesteydelser. Sådanne aftaler skal opfylde de i GATS V:1 oplistede betingelser.

For det første skal sådanne aftaler have »betydelig sektordækning«, jf. GATS V:1(a), hvilket ifølge en fodnote skal forstås i forhold til »antallet af sektorer, omfanget af den berørte handel og leveringsmåder«. »Sektor« er defineret i GATS XXVIII:(e) i forhold til såvel WTO-medlemmers generelle som særlige forpligtelser.<sup>39</sup> For generelle forpligtelser omfatter en sektor den pågældende sektor inklusive alle undersektorer. For de særlige forpligtelser skal en sektor forstås med reference til det pågældende WTO-medlems liste over særlige forpligtelser og kan omfatte en, flere eller alle undersektorer afhængigt af omfanget af særlige forpligtelser. Det er ikke nærmere præciseret, hvordan »betydelig dækning« skal fortolkes. Det præciseres yderligere i en fodnote, at det er forudsætning, at aftalerne ikke giver mulighed for på forhånd at udelade visse former for levering. Hermed henvises til de fire former for levering beskrevet i GATS I:2(a)-(d).

Inden for de sektorer, der er omfattet af aftalen, skal som den anden betingelse al forskelsbehandling i strid med princippet om national behandling i GATS XVII enten helt afskaffes eller »praktisk taget« være fraværende, jf. GATS V:1(b). Undtaget herfra er foranstaltninger tilladt under GATS XI (betalinger og overførsler), GATS XII (betalingsbalancen), GATS XIV (generelle undtagelser) og GATS *XIVbis* (sikkerhedsmæssige undtagelser). Afskaffelse af forskelsbehandling kan tage form af afskaffelse af eksisterende og/eller forbud mod nye eller yderligere foranstaltninger, jf. GATS V:i(b)(i)-(ii), enten ved ikrafttræden af aftalen eller inden for en rimelig frist. Særlige

<sup>39</sup> Der er 12 sektorer, se Olsen, B.E., M. Steinicke, et al., Eds. (2006). WTO Law – from a European perspective, s. 306f.

hensyn kan i denne sammenhæng tages i forhold til, om aftalen indgår i sammenhæng med en mere omfattende økonomisk integrationsproces eller handelsliberalisering, jf. GATS V:2.

Når udviklingslande er parter til aftaler under GATS V, skal der generelt udvises fleksibilitet i forhold til betingelserne i GATS V:1. Denne fleksibilitet skal stemme overens med de pågældende landes »udviklingsstade såvel generelt som i enkelte sektorer og undersektorer«, jf. GATS V:3(a). Sådanne hensyn skal især tages i forbindelse med kravene under GATS V:1(b), jf. GATS V:3(a).

Der gælder særlige regler for tjenesteydelser leveret af leverandører fra andre end de i aftalen deltagende WTO-medlemmer. Sådanne leverandører, der er lovligt etablerede juridiske personer i et af aftalen omfattet WTO-medlem, er berettiget til at blive behandlet i overensstemmelse med aftalen. Det er en betingelse, at sådanne leverandører »i udstrakt omfang driver erhvervsvirksomhed på det område, der hører under parterne til en sådan aftale«, jf. GATS V:6.<sup>40</sup> Det er ikke klart, hvor meget der skal til for at opfylde kravet om i udstrakt omfang at drive erhvervsvirksomhed, men bestemmelsen favoriserer større leverandører af tjenesteydelser. Den territoriale tilknytning skal ikke forstås som et selvstændigt krav, men medvirker blot til at definere, inden for hvilket område leverandøren skal operere. Er aftalen indgået udelukkende mellem udviklingslande, kan denne ikke-diskriminationsklausul suspenderes således, at der kan gives gunstigere behandling til juridiske personer, der ejes eller kontrolleres af fysiske personer fra disse WTO-medlemmer, jf. GATS V:3(b).

WTO-medlemmer, der er parter til aftaler under GATS V, må ikke søge kompensation for handelsfordele, der tilfalder andre WTO-medlemmer som følge af aftalens indgåelse, jf. GATS V:8.<sup>41</sup>

### 2.2.2 Arbejdsmarkedsintegration

Af GATS Vbis fremgår, at GATS ikke hindrer WTO-medlemmer i at indgå aftaler om »fuld integration af arbejdsmarkederne mellem eller blandt parterne i en sådan aftale«. En fodnote til bestemmelsen forklarer, at integration »typisk« indebærer de pågældende WTO-medlemmers statsborgeres frie adgang til »parternes beskæftigelsesmarkeder«, inklusive disses foranstaltninger vedrørende løn- og beskæftigelsesvilkår samt sociale ydelser. Endvidere er

<sup>40</sup> Ifølge den engelske originaltekst »substantive business operations in the territory of the parties to such agreement«.

<sup>41</sup> Dette svarer til bestemmelsen i *1994-Forståelsen* for så vidt angår toldunioner, se afsnit 2.1.2 *Toldunioner*.



sådanne aftaler betinget af, at de pågældende WTO-medlemmers statsborgere fritages fra krav om opholds- og arbejdstilladelse, jf. GATS*bis*(a).

### 2.2.3 Tilgrænsende territorier – den lille grænsetrafik

Af GATS II:3 fremgår, at ingen bestemmelser i GATS må fortolkes således, at WTO-medlemmers tildeling eller indrømmelse af fordele til nabolande med henblik på samhandel med tjenesteydelser forhindres. Bestemmelsen er en særlig undtagelse til mestbegunstigelsesprincippet i GATS II:1.

Anvendelsen af GATS II:3 er betinget. Tildeling/indrømmelse af fordele skal ske med henblik på at lette samhandelen med tjenesteydelser. Endvidere er anvendelsen af denne hjemmel dobbelt kvalificeret, idet den skal være begrænset til »nabolande«, disses »sammenhængende grænseområder« og »lokalt« fremstillede og forbrugte tjenesteydelser.<sup>42</sup> »Nabolande« svarer til den anvendte terminologi for den lille grænsetrafik i GATT.<sup>43</sup> Kvalifikationen »sammenhængende grænseområder« indebærer et krav om større tilknytning, hvilket muligvis kun omfatter tilgrænsende landterritorium. Endelig skal de pågældende tjenesteydelser fremstilles og forbruges lokalt, hvilket udelukker en generel indrømmelse/tildeling af fordele til hele territoriet.

## 3. Processuelle betingelser

De materielle betingelser for regionale aftaler suppleres af bestemmelser, der skal sikre sådanne aftalers gennemsigtighed og overvåge, at de ikke strider mod de materielle betingelser.

GATT XXIV:7(a) fastlægger et notifikations- og oplysningskrav, for så vidt angår indtrædelse i toldunioner eller frihandelsområder. Efter eget skøn kan organisationen på denne baggrund udarbejde indstillinger og anbefalinger. Af *1994-Forståelsen*, § 7 fremgår, at disse anmeldelser skal undersøges af en arbejdsgruppe etableret under Rådet for Handel med Varer, men Rådet bevarer selv kompetencen til at rette henstillinger. Endelig skal toldunioner og medlemmer af frihandelsområder rapportere til Rådet for Handel med Varer, *1994-Forståelsen*, § 11. Notifikations- og oplysningskravet i GATT XXIV:7(a) omfatter tillige foreløbige overenskomster med henblik på toldunioner eller frihandelsaftaler, og det samme gælder kompetencen til at komme med indstillinger og anbefalinger. Derudover gælder særlige regler for foreløbige overenskomster, jf. GATT XXIV:7(b)-(c) og *1994-Forståelsen* §§ 8-10. *Enabling Clause* foreskriver en lignende underretningsforpligtelse, jf. § 4(a). Disse regler suppleres og udbygges med regler om en *Transparency*

<sup>42</sup> De anvendte termer i den engelske originaltekst er »adjacent countries«, »contiguous frontier zones« samt »services that both locally produced and consumed«.

<sup>43</sup> Ovenfor afsnit 2.1.5 *Tilgrænsende territorier – den lille grænsetrafik*.

*Mechanism*. Underretning i henhold til GATT XXIV skal tilgå Committee on Regional Trade Agreements (CTRA), jf. *Transparency Mechanism*, § 18 som er ansvarlig for implementering af mekanismen for aftaler under GATT XXIV. Underretninger under *Enabling Clause* skal tilgå Committee on Trade and development (CTD), der er ansvarlig for implementering af *Transparency Mechanism* i denne sammenhæng, jf. § 18.

I forhold til regionale aftaler om økonomisk integration og handel med tjenesteydelser er det, ifølge GATS V:7(a)-(b), Rådet for Handel med Tjenesteydelser, der er modtager af medlemmernes underretninger, og som er kompetent til at anmode om relevante oplysninger. Dette Råd har endvidere kompetence til at oprette arbejdsgrupper og eventuelt at rette henstillinger til WTO-medlemmer under GATS V:7(c). Under *Transparency Mechanism* skal underretninger under GATS V tilgå CRTA, der er ansvarlig for implementering af denne mekanisme i denne sammenhæng, jf. § 18.

Aftaler om arbejdsmarkedsintegration skal meddeles Rådet for Handel med Tjenesteydelser, jf. GATS VBis(b).

### **Referencer**

Daniel, B.T. (2006), *Introduktion til WTO's tvistbilæggesystem*, Forlaget Thomson, 987-87-619-1264-2.

Daniel, B.T. (2005), *WTO Adjudication*, Forlaget Thomson, 87-619-1038-4.

Olsen, B.E., Steinicke, M. & Sørensen, K.E., Eds. (2006), *WTO Law – from a European perspective*, Forlaget Thomson, 87-619-1335-9.

Turkey – Textiles & Clothing, *Turkey – Restrictions on Imports of Textiles and Clothing*, Appellate Body report WT/DS34/AB/R, circulated on 22 October 1999, adopted on 19 November 1999.

US – Shrimp, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, (Feliciano, Bacchus & Lacarte-Muró, Appellate Body report WT/DS58/AB/R, circulated on 12 October 1998, adopted on 6 November 1998.

# Straffelovens § 51, stk. 3

– vinding eller betalingsevne?

af

*Thomas Elholm*

## 1. Regler om strafudmåling

Straffeloven indeholder i §§ 80-83 en række generelle regler om strafudmåling. Disse regler finder anvendelse både ved udmåling af bødestraf og frihedsstraf. Der er imidlertid også en særlig bestemmelse om bødeudmåling i straffeloven, nemlig § 51.

§ 51 har to funktioner. For det første deler den bødestraf op i to arter, dagbøder og sumbøder. For det andet fremhæver den to udmålingshensyn, som der skal tages »særligt hensyn til« i forbindelse med udmåling af bødestraf, dels hensynet til gerningspersonens betalingsevne, dels hensynet til en eventuelt opnået eller tilsigtet vinding. Disse hensyn vil ofte stå i modsætning til hinanden i en konkret sag. Hvis gerningspersonen har tilsigtet en stor vinding, kan det trække bødeudmålingen op, men samtidigt kan gerningspersonens ringe betalingsevne trække bødeudmålingen ned.

I det følgende analyseres tilblivelsen af § 51 med henblik på at vurdere, om lovgiver oprindeligt har ønsket et bestemt hensyn tillagt størst vægt.

## 2. Straffelovens § 51

### 2.1 Dagbøder

For straffelovsovertrædelser er dagbøder det legale udgangspunkt, hvis bødestraf er forskyldt, jf. strl. § 51, stk. 1, 1. pkt. Antallet af dagbøder bestemmes af »lovovertredelsens beskaffenhed« og de almindelige udmålingshensyn i strl. § 80, dog således at dagbødernes antal først og fremmest afspejler lovovertredelsens grovhed. Minimum er 1 dagbøde, maksimum 60 dagbøder. Størrelsen af de enkelte dagbøder skal ifølge straffeloven bestemmes af lovovertrederens gennemsnitlige dagsindtægt, men der tages hensyn til »bødefældtes livsvilkår, herunder hans formue, forsørgelsespligter og andre forhold, der indvirker på betalingsevnen«, jf. strl. § 51, stk. 1. Mindste dagbøde er 2 kr.

Dagbødesystemet gør det muligt både at afspejle forbrydelsens grovhed gennem *antallet* af dagbøder og samtidig tage hensyn til gerningspersonens økonomiske formåen via *størrelsen* af den enkelte dagbod. Desuden er tanken med dagbøden, at straffen skal være lige følelig for rig og fattig. Rig og fattig idømmes samme antal dagbøder for samme overtrædelse, så samfundets bebrejdelse af adfærden – og den med bøden forbundne stigmatisering – ideelt set skulle være den samme. Og bøderne rammer begge personer forholdsmæssigt lige hårdt.

I praksis følger domstolene imidlertid ikke altid lovens krav til dagbødens opgørelsesmetode, men fastsætter i stedet størrelsen af dagbøderne ud fra forbrydelsens grovhed, ikke gerningspersonens indtægt eller økonomi.<sup>1</sup> Mens systemet med dagbøder har været succesfuldt i Finland og i Sverige, så har danske domstole i et vist omfang vægret sig mod ideen med dagbøder.<sup>2</sup>

»Meget tyder på, at domstolene regner baglæns, altså først tager stilling til, hvor stor en bøde bør være og derefter omregner den til dagbøder ud fra ret frie beløbsstørrelser [jf. Greve 2002, s. 147 f. og Waaben 2001, s. 75]. Dette hænger sandsynligvis sammen med, at langt de fleste bødestrafte ved domstolene er resultatet af, at den tiltalte ikke har vedtaget et bødeforelæg [...] Det, dommeren tager stilling til, bliver naturligt bødeforelægget.«<sup>3</sup>

## 2.2 Undtagelser fra reglen om dagbøder

Efter strl § 51, stk. 2, kan det legale udgangspunkt for straffelovsovertrædelser – dagbøde – erstattes af en samlet bøde (sumbøde), hvis der med overtrædelsen er opnået eller tilsigtet økonomisk vinding, og »anvendelse af dagbøder vil medføre, at bødebeløbet ansættes lavere, end det skønnes rimeligt under hensyn til størrelsen af den fortjeneste, der enten er eller kunne være opnået«, jf. § 51, stk. 2. Bestemmelsen gælder efter sin ordlyd i tilfælde, hvor dagbøder ellers skulle have været udmålt, dvs. kun for straffelovsovertrædelser. Men i nogle domme anvender domstolene *princippet* i § 51, stk. 2. I U 1982.998H (lov om butikstid) har Højesteret – og ligeledes alle tre instanser i U 1985.403H (dyreværnsloven) – udtalt, at den anvender *princippet* i § 51, stk. 2. Det princip, der hentydes til, er princippet om at neutralisere gerningspersonens fortjeneste ved en lovovertrædelse. Princippet overlapper således reglerne om udbyttekonfiskation. Men reglen i § 51, stk. 2, giver også mulighed for at udregne bøden efter en *tilsigtet* (ikke op-

<sup>1</sup> Se Vagn Greve, *Straffene*, København 2002, s. 147.

<sup>2</sup> Se også Knud Waaben, *Strafferettens almindelige del, sanktionslæren*, 5. udg., København 2001, s. 75.

<sup>3</sup> Gorm Toftegaard Nielsen, *Strafferet 2, Sanktionerne*, 2. udg., København 2005, s. 73.

nået) fortjeneste, og den har således også et andet formål og et videre anvendelsesområde end udbyttekonfiskation.

De nævnte domme er fra før indføjelser af henvisning til »den opnåede eller tilsigtede fortjeneste eller besparelse« i strl. § 51, stk. 3. Denne henvisning blev indsat i 1996, og siden har domstolene i specialstrafferetten så vidt ses ikke henvist til *princippet* i § 51, stk. 2. Domstolene har i stedet kunnet henvise til § 51, stk. 3.<sup>4</sup>

Som nævnt anvendes dagbøder kun for overtrædelser af straffeloven, jf. strl. § 51, stk. 1. For overtrædelser af specialstrafferetten – og det vedrører langt de fleste bøder årligt – anvendes således *ikke* dagbøder. Dagbøder anvendes heller ikke, hvis bøden er en tillægsstraf til anden retsfølge, jf. strl. § 51, stk. 1, 2. pkt. Endvidere følger af strl. § 50, stk. 2, at der i tillæg til anden strafart kan idømmes bøde, hvis der ved overtrædelser er tilsigtet eller opnået økonomisk vinding. Heller ikke denne bøde udmåles som dagbøde. Det samme gælder bøder, der idømmes ved siden af betinget dom, jf. strl. § 58, stk. 2. Denne hjemmel til at anvende bøde i tillæg til betinget dom gælder, selvom der ikke er hjemlet bødestraf for den pågældende overtrædelse. Bøde kan også idømmes som tillæg til samfundstjeneste, jf. strl. § 64. Desuden kan et tiltalefrafald betinges af betaling af en bøde, jf. rpl. § 723, stk. 1, nr. 1, og heller ikke denne bøde udmåles som dagbøde.

Endelig kan nævnes, at der over for juridiske personer heller ikke anvendes dagbøde, men alene sumbøde. Det gælder uanset, om det er straffeloven eller særlovgivningen, der er overtrådt.<sup>5</sup>

Strl. § 51 »snyder« således, fordi den kan give indtryk af, at dagbøde er udgangspunktet og hovedreglen i dansk ret, men det er i virkeligheden ikke tilfældet. Der er en lang række undtagelser til dagbøden, så anvendelse af dagbøde i praksis snarere er undtagelsen end hovedreglen.

### 2.3 Sumbøde

Når der ikke anvendes dagbøder, anvendes i stedet sumbøde. I specialstrafferetten er sumbøden den altovervejende hovedregel, jf. strl. § 51, stk. 1, 1. pkt., modsætningsvis,<sup>6</sup> og samlet, statistisk set er sumbøden derfor i praksis

<sup>4</sup> Det har Højesteret f.eks. gjort i U 2005.3446 H vedrørende bøde til et teleselskab for overtrædelse af markedsføringsloven. Se også U 2001.608 H, hvor Højesteret henviser til »princippet i § 51, stk. 3«, i forbindelse med en ransagning hos en juridisk person, der var sigtet for overtrædelse af lov om butikstid.

<sup>5</sup> Betænkning nr. 1289/1995 om juridiske personers bødeansvar, s. 155.

<sup>6</sup> Efter strl. § 88, stk. 3, udmåles dog dagbøder ved samtidig påkendelse af en bødegivende speciallovsbestemmelse og straffelovsbestemmelse. Se også Kommenteret Straffelov, Almindelig del, 8. udg., København 2005, s. 276.

langt den mest almindelige bødeform.<sup>7</sup> Således kaldes sumbøder da også for »almindelige bøder«.<sup>8</sup>

I modsætning til dagbøden – der højst kan udgøre 60 bøder udregnet i forhold til den dømtes gennemsnitlige dagsindtægt – er der intet maksimum for sumbøden, og alene mindste pengeenhed danner nedre grænse for denne type bøde, dvs. for tiden 50 øre. De forskellige bødeminima og -maksima blev ophævet med straffeloven af 1930 og en lovændring i 1965,<sup>9</sup> men på det i praksis langt vigtigste område (set i forhold til antallet af bøder) – nemlig færdselsområdet – gælder et særligt bødeminimum på 500 kr. (300 kr. for visse persongrupper), jf. færdselslovens § 118 a.

De nævnte regler om sumbøder har efter deres historie været og er efter deres formulering møntet på fysiske personer, men finder tilsvarende anvendelse på juridiske personer.<sup>10</sup>

## 2.4 Forarbejderne til § 51

### 2.4.1 1866-loven

Straffeloven af 1866 indeholdt i § 30 en regel om, at bøder idømmes fra 1 til 2.000 rigsdaler, og hvis der er flere skyldige, idømmes de hver især en bøde. Desuden krævede straffeloven af 1866 ifølge § 59, at der skulle tages særligt hensyn til den skyldiges »Formueforfatning« ved fastsættelse af bødens størrelse. Bortset fra disse regler, var der ingen særlige bødeudmålingsregler i straffeloven af 1866.

### 2.4.2 Første straffelovskommission

Da den første straffelovskommission kom med sin betænkning i 1912, foreslog den ingen afgørende ændringer i de særlige bødeudmålingsregler. Kommissionen foreslog alene, at minimum blev hævet til 4 kr. og maksimum til 5.000 kr. Reglen i § 59 (i forslaget § 48) om særlig hensyntagen til betalingsevnen foreslog Kommissionen bevaret, dog med en tilføjelse om, at hensyntagen til den skyldiges betalingsevne skal ske »indenfor de Grænser, som Strafskyldens Vurdering tilstede«. Om nyformuleringen skriver

<sup>7</sup> Se undersøgelsen foretaget af Britta Kyvsgaard i bilag til Betænkning 1424/2002 (bind III), navnlig s. 484 f., hvoraf det fremgår, at udenretlige bøder er langt den mest dominerende bødeform. Det fremgår, at i år 2001 var 83 % af alle bøder, som undersøgelsen omfattede, udenretlige, og altså dermed sumbøder. De bøder, som ikke var omfattet af undersøgelsen, var visse mindre bøder for færdselslovsovertrædelser.

<sup>8</sup> Greve 2002, s. 141 ff., og specielt om antallet af dagbøder i forhold til sumbøder, s. 148.

<sup>9</sup> »Ved § 6, stk. 1, i lov nr. 127 af 15. april 1930 om ikrafttræden af borgerlig straffelov m.m. bortfaldt bestemmelser om bødeminima i tidligere lovgivning, og ved lov nr. 213 af 4. juni 1965 om ændringer i forskellige lovbestemmelser om straf, konfiskation m.v. ophævedes næsten alle bødemaksima og minima.« Betænkning 1424/2002, s. 381.

<sup>10</sup> Betænkning 1289/1995, s. 155.

Kommissionen, at hensyntagen til betalingsevnen bør ske inden for visse grænser, idet en ubetydelig overtrædelse af politivedtægten ikke bør føre til en høj bøde, blot fordi lovovertræderen er rig, og den, som har gjort sig skyldig i »Legemsformærmelse«, ikke bør slippe med en ganske lille bøde, blot fordi han er fattig.<sup>11</sup>

#### 2.4.3 Torps forslag

I 1917 kom Torp med en betænkning, hvori han argumenterer for, at der i større grad end hidtil bør tages hensyn til betalingsevnen ved bødeberegning, dels for at reducere antallet af bøder, som ikke kan betales – og som dermed reelt bliver en frihedsstraf – dels for at bøder skal ramme rig og fattig mere ligeligt.<sup>12</sup> Torp fandt de hidtidige særlige regler om bødeberegning utilstrækkelige med henblik på at sikre dette resultat. Han lancerer i den forbindelse et bødeberegningsprincip, som bygger på dagbødetanken med inddragelse af »alle Forhold, der har Indflydelse paa hans økonomiske Ydeevne«.<sup>13</sup>

Torps idé om større hensyntagen til den skyldiges betalingsevne kan ses som en videreførelse af kriminalistforeningens arbejde; På Den internationale kriminalistiske Forenings årsmøde i 1891 anbefalede von Liszt, at bøde skulle udmåles efter forbryderens formueforhold, og det blev på mødet vedtaget at anbefale dette.<sup>14</sup> Desuden var Torp påvirket af forhandlingerne på kriminalistkongressen i Stockholm i 1911.<sup>15</sup>

#### 2.4.4 Anden straffelovskommission

Den anden straffelovskommission, som fremsatte sin betænkning i 1923, udarbejdede et lovudkast, som byggede på Torps ideer. Baggrunden var, at bødestraffen skulle reorganiseres, så den kunne bruges som alternativ til korte frihedsstraffe, og den skulle især indrettes, så der blev taget hensyn til den skyldiges betalingsevne.<sup>16</sup> Kommissionen foreslog et egentligt dagbødesystem. Det fremgår af forslaget, at der ved fastsættelsen af den enkelte dagbøde skal tages hensyn til den skyldiges »formue, indtægt, underholdsforpligtelser og øvrige forhold«.<sup>17</sup> Ifølge forslaget står det dog domstolene ganske frit, hvordan størrelsen af den enkelte dagbøde skal udmåles. Samti-

<sup>11</sup> Betænkning fra 1912, s. 77.

<sup>12</sup> Betænkning fra 1917, s. 76.

<sup>13</sup> Betænkning fra 1917, s. 76.

<sup>14</sup> *Nordisk Tidsskrift for Fængselsvæsen og praktisk Strafferet*, årgang XIV, 1891, s. 191 f.

<sup>15</sup> Se W.E. von Eyben, *Strafudmåling. Lovens rammer og dommerens udfyldning*, København 1950, s. 197.

<sup>16</sup> Betænkning fra 1923, s. 128.

<sup>17</sup> Betænkning fra 1923, s. 19.



dig fremgår af forslaget, at der også ved idømmelse af *sumbøder* skal tages hensyn til den skyldiges betalingsevne.

Kommissionen foreslår i øvrigt en bestemmelse om, at bøde skal kunne anvendes som tillægsstraf til frihedsstraf i tilfælde, hvor en lovovertrædelse skyldes »vindesyge«. Hensigten var at ramme lovovertrædere, der begik alvorlige vindingsforbrydelser, dér, hvor det gjorde mest ondt, nemlig på pengepungen.<sup>18</sup> Også denne ide var Torps, og han skriver i sin betænkning fra 1917, at bestemmelsen kun skal bruges undtagelsesvis, hvor personer med stor formue eller gode indtægter begår forbrydelser af »vindesyge«, men derimod ikke ved »almindelige tyverier«.<sup>19</sup>

To af kommissionens medlemmer (Glarbo og Krabbe) var imod at indrette bødesystemet, så der især blev lagt vægt på den skyldiges betalingsevne. De foreslog i stedet *sumbøderne* videreført med en lidt ændret formulering. De mente, at bødestraffe skulle beregnes, så de virkede præventivt, og at dagbøder ved forbrydelser, der indebar vinding (tilsigtet eller opnået), ikke i tilstrækkelig grad kunne opfylde dette formål. Ved forbrydelser med stor vinding skulle bøde beregnes efter vindingen, og ikke efter den skyldiges betalingsevne. Straffelovskommissionens flertal var imod denne tanke:

»Det er efter Flertallets Formening ikke gennem Bødestraffen, at man fortrinsvis skal arbejde paa at hæmme de af økonomiske Motiver fremgaaede Forbrydelser, der aabner Gerningsmanden Udsigt til betydelig Vinding [men gennem frihedsstraf...]«<sup>20</sup>

Grundtanken hos både Torp og den anden straffelovskommission (flertallet) var således, at bøder skulle beregnes efter den skyldiges betalingsevne. Dette var *det særlige* bødeudmålingshensyn, både ved dagbøder og *sumbøder*. Ingen andre særlige hensyn gjorde sig gældende, men – naturligvis – de almindelige udmålingsprincipper om grovhed etc. Den passus om, at hensyntagen til betalingsevnen skal inden for de rammer, som »strafskylden« tillader, som den første straffelovskommission havde foreslået, jf. ovenfor, foreslår Kommissionen i 1923 dog ikke bibeholdt. Også dette kan måske opfattes som en understregning af, at betalingsevnen havde en (helt) særlig prioritet.

#### 2.4.5 Forslag til 1930-loven

I forslag til Almindelig borgerlig Straffelov (Folketingssamlingen 1924-25) blev fulgt op på de tanker og det udkast, som var fremsat af flertallet i straffelovskommissionen med betænkningen fra 1923. Det fremgår af Justitsministeriets bemærkninger, at dagbødesystemet så vidt muligt skulle få bøde-

<sup>18</sup> Betænkning fra 1923, s. 128. Se ligeledes Torp, betænkning fra 1917, s. 75 f.

<sup>19</sup> Betænkning 1917, s. 75.

<sup>20</sup> Betænkning 1923, s. 135.

straffene til at »ramme ligeligt« for rig og fattig.<sup>21</sup> En række mindre forseelser, bl.a. politiforseelser, var dog undtaget dagbødesystemet, fordi det blev anset for unødvendigt og upraktisk i disse mange små sager at skulle indsamle oplysninger om betalingsevnen. Også skatteområdet var undtaget dagbødesystemet, fordi der her gjorde sig særlige »fiskale synspunkter«-hensyn gældende.<sup>22</sup>

I et mellemkommende forslag til Borgerlig Straffelov (Folketingssamlingen 1927-28) var dagbødesystemet gledet ud til fordel for den løsning, som *mindretallet* i straffelovskommissionen havde foreslået, men i forslag til Borgerlig Straffelov (Folketingssamlingen 1929-30) var dagbødesystemet atter medtaget, og Folketinget vedtog følgende bestemmelse i § 53:

»Stk. 1. Naar Bøde i Henhold til denne Lov idømmes eller vedtages i Retten, har denne under hensyn til den bødefældtes Formue, Indtægt, Underholdspligt og øvrige Forhold, der indvirker paa Betalingsevnen, at fastsætte et vist Beløb, der udgør en Dagsbod. Bødestrafpen fastsættes til mindst 1 og højst 90 Dagsbøder.

Stk. 2. Ved fastsættelsen af andre Bøder vil der være at tage særligt Hensyn til den skyldiges betalingsevne.«<sup>23</sup>

Som det fremgår, er hensynet til den skyldiges betalingsevne såvel tydeligt i dagbøden (det var jo netop styrkelse af dette udmålingshensyn, som var baggrunden for forslaget om dagbøder), som i forbindelse med udmåling af sunnbøder. Forslaget blev som nævnt vedtaget af Folketinget, men under udvalgsbehandlingen i *Landstinget* var der flertal for at *undlade* indførelse af dagbøden.

#### 2.4.6 Forslag til dagbødesystemet i 1938-39

Som det fremgår, var dagbødesystemet stærkt omdiskuteret. Nogle år senere indførtes det alligevel. Det blev foreslået, at dagbøder alene skulle anvendes for overtrædelser af straffeloven og alene ved idømmelse eller vedtagelse af bøder i retten. § 51 fik dengang følgende udformning (stk. 4 er udeladt):

»Stk. 1. Naar Bøde i Henhold til denne Lov idømmes eller vedtages i Retten, fastsættes Bødestrafpen i Dagbøder. Disses Antal bestemmes under Hensyn til Lovovertrædelsens Beskaffenhed og de i § 80 nævnte Omstændigheder til mindst 1 og højst 60. Størrelsen af den enkelte Dagbod fastsættes til et Beløb svarende til den paagældendes gennemsnitlige Dagsindtægt, idet der dog ved Beløbets Fastsættelse bør tages Hensyn til bødefældtes Livsvilkaar, herunder hans Formue, Forsørgerpligter og andre Forhold, der indvirker paa Betalingsevnen. Dagboden kan dog ikke fastsættes til et lavere Beløb end 2 Kr.

<sup>21</sup> Rigsdagstidende 1924-25, Tillæg A, sp. 3165.

<sup>22</sup> Rigsdagstidende 1924-25, Tillæg A, sp. 3165.

<sup>23</sup> Rigsdagstidende 1929-30, Tillæg C, sp. 101-02.

Stk. 2. Naar Bøde skal fastsættes for en Forseelse, hvorved den paagældende har opnaaet eller tilsigtet at opnaa betydelig økonomisk Vinding for sig selv eller andre, og Anvendelsen af Dagbøder vil medføre, at Bødebeløbet ansættes væsentlig lavere, end det skønnes rimeligt under Hensyn til Størrelsen af den Fortjeneste, der enten er eller kunde være opnaaet ved Lovovertrædelsen, kan Retten dog i Stedet for Dagbøder anvende anden Straf af Bøde.

Stk. 3. Ved Fastsættelsen af andre Bøder vil der inden for de Grænser, som Hensynet til Lovovertrædelsens Beskaffenhed og de i § 80 nævnte Omstændigheder tilsteder, være at tage særligt Hensyn til den skyldiges Betalingsevne. Saadanne Bøder vil ikke kunne fastsættes til lavere Beløb end 4 Kr.«

#### 2.4.7 Begrebet »andre bøder« i § 51, stk. 3

Som det fremgår, er stk. 1 og stk. 3 – med visse modifikationer – en videreførelse af stk. 1 og stk. 2 i forslaget til § 53 fra 1930, som er citeret ovenfor. Imellem de oprindelige stk. 1 og stk. 2 har imidlertid kilet sig en bestemmelse ind. Efter denne skal der ikke anvendes dagbøder, hvis en betydelig fortjeneste er opnået eller tilsigtet ved forbrydelsen, og dagbøder vil føre til for ringe en samlet bødestraf i forhold til den opnåede eller tilsigtede fortjeneste. Meningen er naturligvis, at der i sager med betydelig økonomisk vinding, hvor hensynet til vindingen og hensynet til betalingsevnen trækker bødestørrelsen i hver sin retning, skal tages mere hensyn til vindingen.

Hermed fik ordene »andre bøder« i det nye stk. 3 en lidt tvetydig karakter. Enten refererer ordene »andre bøder« nu til *det nye* stk. 2, eller også refererer de fortsat til stk. 1. Om det første eller det andet er tilfældet, er ikke helt ligegyldigt for en umiddelbar sproglig fortolkning. Hvis ordene »andre bøder« refererer til stk. 2 – som omhandler sumbøder – så betyder det, at stk. 3 angår »andre sumbøder«, dvs. andre sumbøder end dem, der idømmes for forbrydelser, hvor vinding er tilsigtet eller opnået. Hvis derimod »andre bøder« refererer til stk. 1 – som omhandler dagbøder – så betyder ordene »andre bøder« *alle andre* bøder, dvs. også alle sumbøder.

Resultatet er, at mens forslaget til § 53 fra 1930 efter sin ordlyd klart krævede hensyntagen til betalingsevnen ved *alle* sumbøder – hvilket stemmer godt overens med den anden straffelovskommissions intention – så kan den indførte § 51 fortolkes således, at der ved en særlig gruppe af sumbøder *ikke* skal tages hensyn til betalingsevnen, nemlig ved sumbøder for forbrydelser, hvor der er tale om »betydelig vinding«. Ved disse sumbøder skal der tages hensyn til vindingen. Skematisk kan det opstilles således:

Forslag til § 53 (1929-30)	Udformning af § 51 (1938-39)
Stk. 1: Dagbøder skal være udgangspunktet for i højere grad at tage hensyn til betalingsevnen	Stk. 1: Dagbøder skal være udgangspunktet for i højere grad at tage hensyn til betalingsevnen
Stk. 2: Også ved »andre bøder« skal der tages særligt hensyn til betalingsevnen.	Stk. 2: I sager med betydelig økonomisk vinding skal der dog anvendes sumbøder, hvis det er nødvendigt, for at kunne tage særligt hensyn til vindingen.
	Stk. 3: Ved alle andre bøder (end dem nævnt i stk. 1 og stk. 2) skal der tages særligt hensyn til betalingsevnen.

Det har ikke umiddelbart været muligt for mig at finde et klart svar på fortolkningsspørgsmålet i forarbejderne. Mest nærliggende er formentlig at fortolke ordene »andre bøder« således, at de refererer til stk. 1. Det var jo oprindeligt meningen med forslaget til § 53, at ordene »andre bøder« refererer til stk. 1. Og det fremgår ikke af forarbejderne, at der var tilsigtet nogen ændring heri med indføjelsen af det nye stk. 2.

Men den voldsomme kritik, som dagbødesystemet stødte på, har måske alligevel ført til et lidt ændret syn på, hvor dominerende betalingsevnen burde være i sager med økonomisk vinding, jf. nærmere nedenfor om Krabbes kritik.

#### 2.4.8 Krabbes kritik

Afgørende for indsættelsen af det nye stk. 2 i § 51 har især været den kritik, som Krabbe fremsatte mod dagbødesystemet.<sup>24</sup> Af betænkningen fra 1923 fremgår,<sup>25</sup> at et af Krabbes væsentligste argumenter mod dagbødens indførelse var, at *formålet* med straffen var kriminalprævention, hvorfor bødestrafen først og fremmest burde fastsættes ud fra præventive hensyn og ikke gerningspersonens betalingsevne eller hensynet til, at straffen skal være lige følelig for rig og fattig.<sup>26</sup> Bøder burde fastsættes, så forbrydelse ikke betaler sig, og dagbødens uhensigtsmæssighed viser sig da særligt i forbindelse med berigelsesforbrydelser, hvor bødestørrelsen af præventive grunde bør fastsættes efter vindingen og ikke efter gerningspersonens betalingsevne, mente Krabbe. Det samme gør sig gældende for andre typer af forbrydelser, hvor en økonomisk interesse danner baggrunden for forbrydelsen.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Rigsdagstidende 1938-39, Tillæg A, sp. 3761.

<sup>25</sup> Betænkningen fra 1923, sp. 140 ff. Se i øvrigt også Justitsministerens rammende beskrivelse af Krabbes kritik i Rigsdagstidende 1938-39, Tillæg A, sp. 3760 ff.

<sup>26</sup> Sidstnævnte argument om følelighed fremgår af forarbejderne til lovændringen i 1939, jf. Rigsdagstidende 1938-39, Tillæg A, sp. 3760.

<sup>27</sup> Jf. Krabbes kritik fremsat i Bilag 6 til Betænkning over Lovforslag om Ændringer i og Tilføjelser til Borgerlig Straffelov, Rigsdagstidende 1938-39, Tillæg B, sp. 791 ff.



regning af sumbøder. Det var Straffelovrådet, der foreslog denne passus i forbindelse med Rådets arbejde om juridiske personers strafansvar. Det kan undre lidt, fordi § 51, stk. 3, jo vedrører både bøde over for *fysiske* og juridiske personer, mens udvalgsarbejdet, og betænkningen der lå til grund for lovforslaget, alene vedrører *juridiske* personer. Motiverne er ganske kortfattede vedrørende den nye passus. Der står blot, at det efter Straffelovrådets opfattelse<sup>31</sup> må betragtes som en mangel ved loven, at strl. § 51, stk. 3, ikke nævner hensynet til den ved lovovertrædelsen tilsigtede eller opnåede fortjeneste. Efter Straffelovrådets opfattelse er denne mangel »dog nærmest af formel karakter«. <sup>32</sup> Derfor foreslår Straffelovrådet – og Justitsministeriet – at den nævnte passus indsættes i § 51, stk. 3.

#### 2.4.11 Vurdering

Samlet set er der to hensyn, som går igen i bødereglerne og forarbejderne til disse, nemlig vinding og betalingsevne. Bag vindingshensynet ligger den opfattelse, at forbrydelse ikke må kunne betale sig, dvs. kriminalpræventive hensyn. Bag hensynet til betalingsevnen ligger derimod den opfattelse, at bøden skal være (tilnærmelsesvis) lige følelig for rig og fattig, dvs. et retfærdighedshensyn. Desuden ligger der den opfattelse, at bøder skal kunne betales, i modsat fald bliver de – på grund af forvandlingsstraffen – reelt til frihedsstraffe.

Spørgsmålet er så, hvordan hensynet til vinding og betalingsevne har udviklet sig, og hvordan forholdet mellem dem er.

Straffelovens § 51 er blevet indsat og formet som sket for at tillægge *betalingsevnen* særlig betydning ved bodeberegning, enten i form af dagbødens størrelse eller – som det bestemmes i stk. 3 – ved beregning af sumbøden. Hverken i 1866-loven eller i 1930-loven er *vinding* nævnt som et særligt bødeudmålingshensyn. Først med indførelsen af dagbødesystemet i 1939 kommer vindingshensynet ind i § 51, stk. 2, som en særlig undtagelse til dagbøden. Det er dog på dette tidspunkt fortsat *betalingsevnen*, som er central for bødeudmåling ifølge lovgivningen. Det fremgår dels af selve ideen med indførelsen af dagbøden og måden, den beregnes på, dels af § 51, stk. 3, som udtrykkeligt nævner betalingsevnen, men netop *ikke* (på daværende tidspunkt) vindingshensynet. Jeg er derfor ikke sikker på, at det er rigtigt – som Straffelovrådet gjorde – at karakterisere den manglende henvisning til vinding i § 51, stk. 3, som en mangel af »nærmest formel karakter«.

<sup>31</sup> Dvs. Straffelovrådets opfattelse i betænkning 1289/1995.

<sup>32</sup> Tilsvarende skriver Waaben i 3. udgave af *Strafferettens almindelige del, II sanktionslæren*, København 1993, s. 64, at den manglende henvisning til vindingsaspekter i § 51, stk. 3, nærmest må opfattes som en »ufuldkommenhed« ved bestemmelsen. I 4. udgave af bogen (1999, s. 66) hedder det, at hensynet til fortjenesten er indføjet i bestemmelsen »som en understregning af en i forvejen kendt udmålingsfaktor«.

Efter min mening brød lovgiver med de hidtidige intentioner, da der i 1996 blev indsat en henvisning til vinding i § 51, stk. 3.

Ifølge Waaben må af § 51 formentlig sluttes, at »lovgiveren har forudsat en mindre hensyntagen til betalingsevnen ved almindelige bøder end ved anvendelsen af dagbodssystemet«. <sup>33</sup> Det er ikke helt klart for mig, hvad Waaben lægger i ordet »mindre hensyntagen«. Men efter min mening viser forarbejderne til § 51, at bestemmelsen oprindeligt var beregnet på at give særlig prioritet til den skyldiges betalingsevne. Til gengæld er der sket en glidning, så der i dag i § 51 er to særlige bødeudmålingshensyn, nemlig betalingsevnen og hensynet til en tilsigtet eller opnået vinding.

Om *vinding har prioritet* på bekostning af betalingsevnen i sager med en betydelig økonomisk vinding, er uklart efter forarbejderne. Det afhænger bl.a. af, hvordan ordene »andre bøder« i § 51, stk. 3, skal opfattes. Det mest nærliggende er, at ordene refererer til stk. 1, fordi der oprindeligt kun var to stykker i forslaget til denne bestemmelse, så »andre bøder« i 1929-forslaget til stk. 2, nødvendigvis refererede til stk. 1. Det fremgår nemlig ikke af forarbejderne, at der har været tilsigtet nogen ændring heri, da det nye stk. 2 kom til i 1938-39. Det betyder, at både vinding og betalingsevne i dag er særlige hensyn ved beregning af *alle* sumbøder.

På den anden side viser bestemmelsens tilblivelseshistorie, at der har været massiv modstand mod dagbøderne, og at hensynet til en opnået eller tilsigtet vinding har været anset for et tungtvejende udmålingshensyn. På den baggrund kunne ordene »andre bøder« fortolkes, som om de henviser til det *nye* stk. 2, som nævnt ovenfor, så hensynet til betalingsevnen kun har særlig vægt ved »andre bøder«, dvs. andre bøder end dem, der anvendes i sager om betydelig økonomisk vinding. Det ville i givet fald betyde, at bødesystemet skulle opfattes som tre-delt. For det første er der dagbøder, for det andet er der sumbøder, hvor der tages særligt hensyn til økonomisk vinding, og for det tredje er der andre sumbøder, hvor der skal tages særligt hensyn til vindingen og betalingsevnen.

Uanset betydningen af disse to særlige bødeberegningshensyn (vinding og betalingsevne), så indgår alle øvrige udmålingshensyn fra strl. § 80 naturligvis også i bødeberegningen. Det fremgår jo af de generelle udmålingsregler. Desuden fik § 51, stk. 3, ved udformningen af dagbødesystemet i 1939 indsat en passus om, at hensyntagen til betalingsevnen skal ske inden for de rammer, som »Lovovertrædelsens Beskaffenhed og de i § 80 nævnte Omstændigheder tilsteder«. Der er ingen særlige bemærkninger tilknyttet denne passus ved fremsættelsen af lovforslaget. Bortset fra det selvfølgelig, at alle øvrige udmålingshensyn (ud over betalingsevne og vinding) naturligvis også indgår i bødeberegningen, så må hensigten med denne passus være den samme, som fremgik af den første straffelovskommissions forslag,

<sup>33</sup> Waaben 2001, s. 72.

jf. afsnit 2.4.2 ovenfor: Ganske ubetydelige overtrædelser bør ikke føre til en høj bøde, blot fordi lovovertræderen er rig, og alvorlige overtrædelser bør ikke føre til helt ubetydelige bøder, blot fordi lovovertræderen er fattig.

### 3. Samlet om straffelovens § 51

Mens strl. § 80 opstiller en meget bred vifte af udmålingshensyn, uden indbyrdes prioritering, og således overlader domstolene et meget vidt skøn, så indsnævres skønnet via reglen i strl. § 51, stk. 3, hvorefter to udmålingshensyn skal have særlig vægt ved bodeberegning: betalingsevne og vinding. Trods denne begrænsning af skønnet, overlader lovgiver dog fortsat en lang række elementers betydning til domstolenes skøn. Den særlige bodeudmålingsregel i strl. § 51 er på en række punkter åben.

For det første overlader lovgiver det til domstolene at skønne, hvornår dagbødesystemet skal fraviges til fordel for en sumbøde, jf. § 51, stk. 2. Dette kan ske, hvis den tilsigtede eller opnåede vinding er »betydelig«. Det bemærkes, at hverken svenske og finske domstole – der også anvender dagbøder – har en tilsvarende mulighed for at fravige dagbødesystemet. Den danske lovgiver har på dette punkt valgt at overlade domstolene et videre skøn.

For det andet knytter der sig et betydeligt skøn til fastsættelsen af, hvilket udmålingshensyn, der i en given sag skal tillægges mest vægt. Ganske vist skal der ifølge § 51, stk. 3, tages særligt hensyn til betalingsevne og vinding, men det skal ske inden for de grænser, som lovovertrædelsens beskaffenhed og de almindelige udmålingshensyn i strl. § 80 tillader. Hvordan dette krav skal fortolkes, er op til domstolene.

For det tredje er det op til domstolene at skønne, hvilket af de to særlige hensyn, der skal tillægges mest vægt, betalingsevne eller vinding. Det bemærkes, at de ikke sjældent vil føre til to vidt forskellige udmålingsresultater.

For det fjerde knytter der sig en række usikkerhedsmomenter til selve vindingshensynet. Hvilken rolle spiller det f.eks. for bodeberegningen, om vindingen er opnået eller blot tilsigtet? Spiller det nogen rolle, om vindingen ikke er tilfaldet gerningspersonen selv? Skal det indgå i bodeberegningen, hvis kun en del af vindingen er forsætlig eller uagtsom?

De danske regler er præget af det modsætningsforhold, som er mellem hensyntagen til en eventuel vinding på den ene side og den skyldiges betalingsevne på den anden. Begge hensyn har en særlig vægt eller status ved bodeberegningen, jf. strl. § 51, stk. 3, men der er knyttet en række usikkerhedsmomenter til anvendelse af disse hensyn, jf. de fire punkter ovenfor. Medmindre – eller eventuelt indtil – domstolene eller lovgiver i forarbejderne har lagt faste retningslinjer for anvendelsen af disse hensyn på et givent område, består en vis risiko for uforudsigelighed. Anvendelsen af sumbøder,



hvor der tages hensyn dels til betalingsevnen, dels til vindingen, indebærer desuden en risiko for en vis uigennemskuelighed, bl.a. vedrørende spørgsmålet om, hvor stor en del af bødestrafen, der skyldes henholdsvis vindingen og betalingsevnen.

# Dine, mine og vore pirater

– Et indblik i juridiske (og andre) problemstillinger i forbindelse med bekæmpelse af pirateri i internationale farvande

af

*Birgit Feldtmann og Kristina Maria Siig*

## 1. Indledning

I den seneste tid har spørgsmålet om piraters hærgen i den offentlige bevidsthed skiftet fra farverige drengedrømme om krudt, kugler og krumsabler til en kold og kynisk virkelighed, hvor skibe og deres besætninger holdes som gidsler og frigives mod en løsesum, som på bedste James Bond-manér kastes ned fra stor højde til modtagerne i Aden-bugten. Pirateri er i foråret 2009 et aktuelt emne, som næsten dagligt kan følges i de internationale medier, og som udgør en alvorlig trussel mod søfartens sikkerhed, forstyrrer de internationale handelsruter og koster menneskeliv. Pirateri bliver af det internationale samfund set som et alvorligt problem, som giver anledning til en international indsats. Det danske krigsskib *Absalon* er for eksempel i april 2009 kommet sikkert i havn efter at have deltaget i en international indsatsstyrke (Task Force 150 og 151) med FN-mandat i ryggen.<sup>1</sup> *Absalon* udøvede ledelsen af ind-

<sup>1</sup> Task Force 150 har folkeretlig hjemmel i FN's Sikkerhedsråds resolutioner nr. 1368 og nr. 1373. Resolutionerne er udstedt henholdsvis den 12. og den 28. september 2001 og vedrører ikke overraskende bekæmpelse af terrorisme samt finansieringen af terrorisme i lyset af 9/11. Der henvistes i beslutningsforslaget yderligere til FN's Sikkerhedsråds resolution nr. 1772 af 2007 om situationen i Somalia. Resolutionen handler generelt om den ulykkelige situation på fastlandet i Somalia, men har en enkelt passus, hvorefter Sikkerhedsrådet bl.a. opfordrer stater, som har flådefartøjer i internationalt farvand i nærheden, til at være opmærksomme på pirateri, samt til at tage skridt til at beskytte handelsskibe og skibe, der transporterer nødhjælp »i overensstemmelse med folkeretten.« Resolutionsgrundlaget gav således ikke oprindeligt yderligere beføjelser til indgriben over for piraterne, end der fandtes i forvejen. En mere vidtgående hjemmel kom med FN's Sikkerhedsråds resolutioner nr. 1816/2008 og 1851/2008. Res. nr. 1816/2008 tillader forfølgelse af pirater også i Somalias territorialfarvand, og Res. nr. 1851/2008 tillader derudover enhver aktion mod piraterne, dvs. også land-baserede aktioner. Resolutionen ophæver reelt Somalias suverænitet i enhver henseende, så

satsen indtil januar 2009, men deltager på nuværende tidspunkt ikke længere i indsatsen mod pirateri, der fortsættes af andre lande, deriblandt Tyskland.

Den internationale indsats mod pirateri i de internationale farvande ved Aden-bugten har ført – og fører i skrivende stund stadig – til nogle besynderlige situationer, hvor de deltagende stater indbyrdes har forsøgt at undgå at modtage tilbageholdte pirater. *Absalon* har under sin indsats flere gange stået i den situation at have tilbageholdte pirater ombord uden at have klare retningslinjer for, hvad der skulle ske med disse. Dette har ført til, at kun 5 af 88<sup>2</sup> formodede pirater, tilfangetaget af *Absalons* besætning, nu bliver retsforfulgt – og disse 5 blev først fremstillet for en dommer efter et længerevarende diplomatisk spil mellem danske og hollandske myndigheder. Dette resulterede i, at de formodede pirater endte med at have opholdt sig omkring en måned i dansk varetægt, inden de blev udleveret til Holland og først derefter fremstillet for en dommer. Også andre lande oplever lignende situationer, blandt andet har tyske fartøjer flere gange tilbageholdt pirater uden at vide, hvad der efterfølgende skulle ske med disse.<sup>3</sup>

De her kun kort opridsede eksempler viser, at pirateri-problemet er en udfordring for de lande, som aktivt deltager i den internationale indsats mod pirateri. Indsatsen mod pirateri har to centrale komponenter, som på nuværende tidspunkt ikke synes at være afstemt med hinanden på en hensigtsmæssig måde: På den ene side er der den praktiske indsats mod pirater, som indebærer for eksempel patruljering i området, eskortering af skibskonvojer og beskyttelse mod og afværgelse af angreb. På den anden side står nogle juridiske problemstillinger, som især bliver relevant, når der tilbageholdes pirater, som er pågrebet under den praktiske indsats til søs. Emnet er omfattende, og derfor vil der i denne artikel alene blive set på to ting, nemlig, i punkt 2, hvorledes indsatsen mod pirater og eventuel strafforfølgning af pirater generelt er reguleret i international ret, og, i punkt 3, hvorledes disse regler er kommet til udtryk i national dansk ret. Artiklen konkluderer med nogle afsluttende bemærkninger.

---

længe det angår pirater. Resolutionen er dog blevet til i samarbejde med Somalias overgangsregering TFG og kan derfor næppe karakteriseres som en egentlig krigserklæring.

<sup>2</sup> Kilde: Politiken.dk, 17. april 2009, <http://politiken.dk/indland/article691125.ece>.

<sup>3</sup> Tyskland pågreb fx i januar 2009 formodede pirater i forbindelse med, at disse havde forsøgt at borde det tyske skib M/V Courier. Disse blev efter en EU-aftale med Kenya udleveret til strafforfølgning i Kenya. Sagen mod piraterne i Kenya er blevet indledt i april, og udleveringen er siden stærkt debatteret i Tyskland og vil sandsynligvis få et retligt efterspil ved tyske domstole. Se evt. <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,616456,00.html>.

## 2. Internationale regler til bekæmpelse af pirateri

Pirateri er en international forbrydelse og en forbrydelse *sui generis* i international ret. Således udtalte Judge Moore i den såkaldte Lotus-sag fra 1927: »Piracy by law of nations, in its jurisdictional aspects, is *sui generis*. ...[It] is an offence against the law of nations; and as the scene of the pirate's operations is the high seas, which is not the right or duty of any nation to police, he is denied the protection of the flag which he may carry, and is treated as an outlaw, as the enemy of all mankind – *hostis humani generis* – whom any nation may in the interest of all capture and punish.«<sup>4</sup>

Det lyder måske i 2009 noget svulstigt at kalde piraterne i Aden-bugten for menneskehedens fjender, men votummet placerer fokus på to vigtige udgangspunkter, nemlig *at* enhver stat har jurisdiktion til at bekæmpe pirateri enten med magtmidler eller med retlige midler, samt *at* pirateri forudsættes at foregå på det åbne hav, fordi kyststaterne forudsættes at holde styr på deres egne territorialfarvande.

Judge Moore's udgangspunkter er senere blevet traktatfæstede. Hvilke magtmidler en stat kan tiltage sig i bekæmpelsen af pirater er således reguleret dels i FN's Havretskonvention (UNCLOS), dels i »1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation« (SUA-konventionen). Derudover har FN's sikkerhedsråd udstedt konkrete resolutioner specifikt med henblik på situationen i Somalia. Nogle af disse omhandler (også) pirateriproblemerne. Behandlingen af disse falder uden for denne artikels rammer, men der henvises til note 1 ovenfor for en sporadisk oversigt af de vigtigste resolutioner.

### 2.1 UNCLOS

Reguleringen af pirater findes i UNCLOS' afsnit om det åbne hav. Allerede heraf kan det ses, at det forudsættes, at den relevante kyststat bekæmper pirater inden for søterritoriet og de indre farvande,<sup>5</sup> og at en specifik regulering af dette i folkeretligt regi derfor ikke er nødvendig. Det slås i UNCLOS art. 100 fast, at alle stater i størst muligt omfang skal »samarbejde om bekæmpelsen af sørøveri på det åbne hav eller på andre steder uden for nogen stats jurisdiktion«. Sørøveri defineres i art. 101 som »enhver ulovlig voldshandling, tilbageholdelse eller plyndring, som i personligt øjemed begås af besætningen eller passagererne på et privat skib eller luftfartøj, og som er rettet mod ... et andet skib eller luftfartøj,« der befinder sig på det åbne hav.

Endelig angiver UNCLOS i art. 105, hvilke fysiske og juridiske magtmidler en stat kan anvende over for pirater på det åbne hav. Det hedder her:

<sup>4</sup> Som citeret hos Brownlie, »Principles of Public International Law«, 6th ed., side 229.

<sup>5</sup> Se forudsætningsvist UNCLOS art. 86.

»På det åbne hav eller på hvilket som helst andet område uden for nogen stats jurisdiktion kan enhver stat opbringe et sørøver-skib ..., som sørøvere ... har bemægtiget sig og har kontrol over, samt anholde personer og beslaglægge ejendom om bord. *Domstolene i den stat, som har foretaget opbringningen, kan fastsætte de straffe, der skal idømmes*, og kan ligeledes afgøre, hvilke skridt, der skal tages med hensyn til de pågældende skibe ... « (forfatterens fremhævelse).

UNCLOS giver således staterne en pligt til at samarbejde om pirateri kombineret med en ret til at bruge (ellers lovlige) magtmidler mod piraterne, samt en ret til at bringe piraterne for en domstol – hvis man kan fange dem. Spørgsmålet er herefter, om UNCLOS art. 100 og art. 105 tilsammen kan fortolkes som en *pligt* til at retsforfølge eventuelle tilbageholdte pirater. Eftersom UNCLOS ikke sondrer mellem, hvor piraterne eller de angrebne skibe kommer fra, ville en sådan tolkning give pligt til strafforfølgning af enhver pirat, en stat måtte »få fat i« på det åbne hav. Hvis dette er den rigtige tolkning, vil spørgsmålet om straffemyndighed være løst for så vidt angår enhver stat, som bekender sig til det monistiske system vedrørende forholdet mellem folkeret og national ret. For så vidt angår de stater, der har den dualistiske tilgang, ville en sådan tolkning give hjemmel til strafferetlig forfølgning af enhver pirat i lande som fx Danmark og Finland, hvor der findes klar straffehjemmel i tilfælde, hvor der ifølge internationale konventioner eller aftaler er *pligt* til at have straffemyndighed.<sup>6</sup>

På grund af brugen af det fakultative udtryk »kan« i art. 105, er det dog nok ganske tvivlsomt, om UNCLOS pålægger en egentlig pligt. Dertil er formuleringen i art. 100 for blød. Der kan også stilles det spørgsmål, om en sådan fortolkning overhovedet er hensigtsmæssig. Hvis UNCLOS art. 100, jf. art. 105 pålagde en reel pligt til strafforfølgning (om end ikke nødvendigvis strafpålæggelse) af enhver pirat, et statsskib måtte pågribe og anholde, ville dette formentlig dels virke demotiverende på visse staters vilje til at gå ind i »piratjagten«, dels ville det link mellem den formodede forbryder/forbrydelse og en retsforfølgende stat, som normalt kræves for at staten ser sig internationalt kompetent til at strafforfølge, i visse tilfælde reelt mangle.

## 2.2 SUA-konventionen

I modsætning til UNCLOS pålægger SUA-konventionen de kontraherende stater konkrete eksplicite pligter. Disse består overordnet i en pligt til at lave generelle straffebestemmelser, at have straffemyndighed til at kunne forfølge visse pirater, samt en pligt til enten at tage skridt til retsforfølgning,

<sup>6</sup> Strfl. § 8, stk. 1, nr. 5; Strafflag 19.12.1889/39, § 1:7, 1. moment.

udvise til retsforfølgning eller modtage formodede pirater til retsforfølgning i visse situationer.

SUA-konventionen blev til som respons på passagerskibet M/S Achille Lauros kaping i oktober 1985.<sup>7</sup> Kapingen var en reel terroristaktion, eftersom kaprerne – PLF – havde et politisk mål med at tage kontrol over skibet, nemlig frigivelse af 50 palæstinensere i israelske fængsler. På trods heraf udtrykker SUA-konventionen i 1988-versionen sig ikke i terroristtermer, men omfatter pirateri i enhver form. Således er det strafbare gerningsindhold i konventionen defineret i brede termer:

SUA-konventionens art. 3 i uddrag:

»Any person commits an offence if that person unlawfully and intentionally:

(a) seizes or exercises control over a ship by force or threat thereof or any other form of intimidation; or

(b) performs an act of violence against a person on board a ship if that act is likely to endanger the safe navigation of that ship ...«.

Derudover har SUA-konventionen den fordel, at den i art. 4 udtrykkeligt angiver at være anvendelig, såfremt et skib navigerer eller ifølge sin sejlplan skal navigere uden for territorialfarvand. SUA-konventionen er derfor ikke kun anvendelig på overtrædelser, der har fundet sted på det åbne hav, men har et væsentligt større geografisk anvendelsesområde end UNCLOS på dette punkt.

Det følger af art. 5 i konventionen, at de kontraherende stater er forpligtede til at kriminalisere pirateri. Derudover er enhver kontraherende stat efter art. 6 forpligtet til at tage »sådanne skridt, som måtte være nødvendige« for at etablere straffemyndighed over de overtrædelser, der er beskrevet i art. 3, såfremt disse er begået af en statsborger i den kontraherende stat, på den kontraherende stats territorium, inklusive dets territorialfarvand, eller *imod* et skib registreret i den kontraherende stat. Derudover tillader konventionen, at de kontraherende stater tiltager sig straffemyndighed i visse tilfælde; ikke mindst hvis kapingen er gået ud over en statsborger i den pågældende kontraherende stat, eller hvis kapingen har fundet sted for at formå den kontraherende stat til at gøre eller afstå fra at gøre noget (terrorismehensigt).<sup>8</sup> Konventionen er på dette punkt en minimumsregulering, og den begrænser ikke eventuel straffemyndighed, der allerede måtte eksistere i national ret.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Se Res. 40/61 af 9. december 1985 samt eventuelt følgende dokument: [http://nti.org/e\\_research/official\\_docs/inventory/pdfs/maritime.pdf](http://nti.org/e_research/official_docs/inventory/pdfs/maritime.pdf). Achille Lauros kaping førte også til andre, mere tekniske, tiltag, se fx Res. A 548(14) af 20. november 1985.

<sup>8</sup> SUA-konventionen art. 6(2).

<sup>9</sup> SUA-konventionen art 6(7).

Formålet med SUA-konventionen er ikke alene, at retsforfølgning af piraterne er mulig, men at den faktisk finder sted. Konventionen foreskriver derfor i art. 7, at de kontraherende stater skal tilbageholde formodede pirater, indtil strafforfølgning kan finde sted. Retten til at tilbageholde tilkommer også kaptajner ombord på skibe, der er registrerede i de kontraherende stater. For at kaptajnen ikke skal risikere at »brænde inde« med de tilbageholdte, pålægges alle kontraherende stater en pligt til at modtage de formodede pirater.<sup>10</sup> Så snart modtagelsen har fundet sted, indtræder der iflg. art. 10 en forpligtelse til enten at udlevere den formodede pirat til retsforfølgning eller selv tage skridt til retsforfølgning.

Ifølge SUA-konventionen er enhver stat således forpligtet til at modtage en (formodet) pirat, der er tilbageholdt på et hvilket som helst skib, som er registreret i en kontraherende stat. Derudover giver konventionens art. 6 i realiteten en »fordelingsnøgle«, der tilsiger, at der i princippet skal være en kompetent domstol, der kan (og skal) retsforfølge enhver pirat. At dette dog ikke holder stik i virkeligheden er velkendt. Dette skyldes ikke mindst sammenbruddet af en reelt fungerende stat i Somalia. Ifølge SUA-konventionens system vil Somalia nemlig være forpligtet til at modtage alle de (formodede) pirater, som er blevet pågrebet og tilbageholdt, medens de *ikke* var i færd med at kapre *et bestemt skib*. Men eftersom udlevering til strafforfølgning i Somalia ikke er en realistisk mulighed, bryder systemet delvist sammen. Således er det som bekendt kun lykkedes de danske myndigheder at »komme af med« pirater i det tilfælde, hvor piraterne blev fanget på fersk gerning i færd med at borde et hollandsk skib.<sup>11</sup> I de tilfælde, hvor de formodede pirater ikke er blevet taget på fersk gerning, er de i stedet blevet afvæbnede, og »frigivet over stranden« – hvilket måske ikke er i direkte strid med ordlyden, men dog alt andet lige i strid med intentionen bag SUA-konventionens art. 8. En hel del af begrundelsen herfor ligger i, at Danmark ikke har tiltaget sig universaljurisdiktion til retsforfølgning af pirater.

### 3. Dansk strafforfølgning af pirateri i internationale farvande

De internationale regler vedrørende bekæmpelse af pirateri forudsætter altså, at bekæmpelse af denne trussel mod søfartens sikkerhed er et fælles ansvar både for verdenssamfundet og for de enkelte søfarende nationer, og

<sup>10</sup> Ifølge UNCLOS art. 107, kan alene krigs- og andre statsskibe opbringe piratfartøjer. SUA-konventionen synes dog ikke umiddelbart at forudsætte den samme begrænsning.

<sup>11</sup> Et antal skibbrudne formodede pirater blev overgivet til Yemen som skibbrudne. Det forlyder dog, at Yemen betragtede dem som pirater. Det er så vidt vides ikke kendt (heller ikke af de danske myndigheder), hvad der efterfølgende skete med de overgivne. Disse kan derfor være blevet retsforfulgt.

Se evt. <http://www.cnn.com/2008/WORLD/africa/12/05/yemen.pirates/index.html>.

lægger først og fremmest op til, at hvert land så at sige »fejrer foran sin egen dør«. De internationale regler er yderligere ikke umiddelbart til hinder for, at lande kriminaliserer piraternes handlinger og udøver national straffemyndighed i forbindelse med pirateri, selv om forholdet ikke har en direkte tilknytning til det respektive land. I det følgende skal der ses på spørgsmålet om kriminalisering af pirateri og om straffemyndighed i Danmark ved straffesager i forbindelse med pirateri i internationale farvande. Udgangspunkt for betragtningerne er fire typiske situationer, som bygger på nogle af de problemstillinger, indsatsen i Aden-bugten har synliggjort:

- **Situation 1:** En pirat af udenlandsk statsborgerskab, som i internationalt farvand har angrebet et dansk skib, er tilbageholdt på et dansk skib.
- **Situation 2:** En pirat af udenlandsk statsborgerskab, som i internationalt farvand har angrebet et dansk skib, er tilbageholdt på et skib fra et tredje land. Dette land kan ikke eller ønsker ikke at gennemføre en straffesag.
- **Situation 3:** En pirat af udenlandsk statsborgerskab har angrebet et skib fra et tredje land, hvis besætning er danske statsborgere. Piraten er tilbageholdt på et dansk skib.
- **Situation 4:** En pirat af udenlandsk statsborgerskab, som i internationalt farvand har angrebet et skib fra et *tredje land* med en besætning, som ikke har nogen tilknytning til Danmark, er tilbageholdt på et dansk skib.

### 3.1 Kriminalisering af »pirateri« i Danmark

Forudsætningen for at kunne indlede og gennemføre en straffesag mod en formodet pirat i Danmark er, at de handlinger, som vedkommende er mistænkt for at have foretaget i forbindelse sin piratvirksomhed, er kriminaliseret (*legalitetsprincip*, straffelovens § 1). Som det fremgår af ovenstående, forpligter de internationale regler de enkelte stater at kriminalisere forskellige handlinger i forbindelse med pirateri. I overensstemmelse med dette krav findes der i Danmark en specifik straffebestemmelse, som kriminaliserer forskellige aktiviteter, som ifølge de internationale regler anses for pirateri.

I Danmark er »pirateri« mv. kriminaliseret i straffelovens § 183 a; dog uden at anvende dette begreb: Bestemmelsen vedrører mere konkret formuleret *kapring af skibe* og andre transportmidler. Bestemmelsens stk. 1 kriminaliserer angreb mod skibe, luftfartøjer og andre kollektive transportmidler/godstransportmidler, mens dens stk. 2 udvider anvendelsesområdet til offshoreanlæg. Den kriminaliserede handling i bestemmelsen er at *tage kontrollen* over skibet m.v. eller at *gribe ind i dets manøvrering*, såfremt dette sker under anvendelse af *ulovlig tvang*, jf. straffelovens § 260. *Ulovlig tvang*



indebærer blandt andet anvendelse om vold eller trussel om vold til at tvinge en anden til en bestemt handlemåde.<sup>12</sup>

Denne specielle »kapringsbestemmelse« suppleres af lovens andre bestemmelser. For kun at nævne et eksempel er det muligt at dømmes for overtrædelse af straffelovens § 183 a i sammenstød med forsætligt drab (straffelovens § 237), hvis der eksempelvis under et piratangreb bliver dræbt et besætningsmedlem.<sup>13</sup> Andre bestemmelser, som typisk kan være relevante i forbindelse med et piratangreb, vedrører for eksempel forskellige volds handlinger (straffelovens § 244-248), afpresning (straffelovens § 281) og/eller frihedsberøvelse (straffelovens § 261).

### 3.2 Dansk straffemyndighed ved et piratangreb mod et dansk fartøj

I Danmark, som i mange andre lande, er udgangspunktet for straffemyndigheden det *territoriale princip*.<sup>14</sup> Straffemyndighed udøves for alle lovovertrædelser, som begås inden for landets territorium (straffelovens § 6, nr. 1), hvilket også omfatter søterritoriet.<sup>15</sup> *Territorialprincippet* udvides desuden blandt andet også til handlinger, som foretages på nationale fartøjer (*flagstatsprincippet*<sup>16</sup>), hvis disse befinder sig uden for et folkeretligt anerkendt statsområde (straffelovens § 6, nr. 3). Det betyder, at der også foreligger dansk straffemyndighed, hvis en ulovlig handling foregår på et dansk indregistreret skib i internationale farvande, uanset besætningens eller gerningspersonens nationalitet eller eventuelt bopæl.<sup>17</sup>

I situationer, hvor et piratangreb i internationalt farvand retter sig mod et dansk indregistreret skib, er spørgsmålet om dansk strafforfølgning altså rimelig ukompliceret: Straffeloven kriminaliserer skibskapring og andre handlinger, som eventuelt foretages under et piratangreb, og der foreligger dansk straffemyndighed, når angrebet foregår på et dansk skib i internationalt farvand. Hvis kapringsforsøget derimod bliver indledt af piraterne fra deres eget skib i de internationale farvande, og piraterne bliver anholdt, før de når ombord på det danske skib, opstår spørgsmålet, om handlingen kan anses som foretaget på et dansk skib eller ej. Svaret fremgår i medfør af straffelovens § 9, stk. 2, som præciserer, at handlinger, hvis strafbarhed afhænger eller påvirkes af en indtrådt følge, betragtes »*tillige for foretaget, hvor virkningen er indtrådt, eller hvor gerningsmanden har forsæt til, at*

<sup>12</sup> Kommenteret straffelov, speciel del, 9. udgave, 2008, s. 398 ff.

<sup>13</sup> Straffelovens § 88, se dertil Kommenteret straffelov, almindelig del, 8. udgave, 2005, s. 433 ff.

<sup>14</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 39 og s. 187 ff.

<sup>15</sup> Vedrørende det danske søterritorium se Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 40 ff.

<sup>16</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 221 ff.

<sup>17</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 48 ff. og s. 226.

*virningen skulle indtræde*« (det såkaldte *virkningsprincip*).<sup>18</sup> Straffelovens § 183 a fuldbyrdes ikke allerede ved anvendelsen af den ulovlige tvang, men for eksempel først, når en pirat overtager kontrollen af skibet eller reelt griber ind ved dettes manøvrering.<sup>19</sup> Dermed afhænger strafbarhed efter straffelovens § 183 a af en indtrådt følge, og piratens handling anses derfor som (også) foretaget på det angrebne danske skib, selv om piraten ikke når at komme ombord på dette. Dermed foreligger der i disse situationer dansk straffemyndighed, dog typisk ikke i forbindelse med en fuldbyrdet overtrædelse af straffelovens § 183 a, men i forbindelse med et strafbart forsøg, jf. straffelovens § 21.

Det betyder, at der i *situation 1* kan indledes strafforfølgning i Danmark. Sager i forbindelse med pirateri i internationale farvande vil sandsynligvis blive behandlet af Statsadvokaten for Særlige Internationale Straffesager,<sup>20</sup> som indleder efterforskningen af straffesagen og iværksætter den fysiske overførelse af den tilbageholdte pirat fra det danske skib til Danmark.

Også i *situation 2* foreligger dansk straffemyndighed. Her er det dog en forudsætning for gennemførelsen af en straffesag i Danmark, at den mistænkte pirat bliver overdraget/udleveret fra det land, som tilbageholder vedkommende på sit skib. Udleveringsspørgsmålet er rimeligt ukompliceret, hvis det tredje land deltager i EU-samarbejdet: I denne situation kan de danske domstole udstede en europæisk arrestordre, som muliggør en relativ smidig procedure i forbindelse med overførelse til strafforfølgning imellem EU-lande. Baggrunden for den europæiske arrestordre er princippet om en gensidig anerkendelse EU-medlemslandene imellem: Den europæiske arrestordre skal blandt andet sikre, at en udleveringsanmodning fra et medlemsland skal tages til efterretning i det land, som modtager anmodningen, efter kun et mindstemål af egen kontrol.<sup>21</sup> Den europæiske arrestordre anvendes ved visse alvorlige former for kriminalitet, som er opregnet i EU-

<sup>18</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 53 ff. og s. 227 ff. Det forhold at en strafbar handling både er begået der, hvor gerningspersonen udførte sin gerning, og der, hvor dens effekt indtræder, bliver også betegnet som *ubiquitetsprincip*, se dertil Tråskman: In dubio, pro Danica. Några reflexioner över dansk straffrättslig jurisdiktion, i Elholm/Balvig/Feldtmann m.fl. (red.), Ikke kun straf. Festskrift til Vagn Greve, 2008, s. 572.

<sup>19</sup> Om fuldbyrdelsestidspunktet se Kommenteret straffelov, speciel del, 9. udgave, 2008, s. 233.

<sup>20</sup> Statsadvokaten for Særlige Internationale Straffesager har bl.a. til opgave at behandle sager om alvorlig kriminalitet begået i udlandet. Statsadvokatens nærmere kompetence fremgår af justitsministeriets bekendtgørelse nr. 1146 af 13. december 2002, § 3.

<sup>21</sup> Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13. juni 2002 om den europæiske arrestordre og om proceduren for overgivelse mellem medlemslande. Se en kort beskrivelse af den europæiske arrestordres formål, anvendelsesområde og den dermed forbundne procedure på EU's hjemmeside: <http://europa.eu/scadplus/leg/da/lvb/l33167.htm> (01.05.2009).

rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13. juni 2002,<sup>22</sup> som danner grundlag for implementeringen af den europæiske arrestordre i de enkelte medlemslande. En af de kriminalitetsformer, som ifølge rammeafgørelsen begrundes en overførelsesbegæring under den europæiske arrestordre, er skibskapring. Det betyder, at man i *situation 2* med rimelighed kan forvente, at udleveringen af en mistænkt pirat, som bliver tilbageholdt på et skib fra et andet EU-land, ville kunne gennemføres rimeligt gnidningsfrit.<sup>23</sup>

Hvis derimod det land, som tilbageholder den formodede pirat på sit skib, ikke er et EU-medlemsland, er det en forudsætning for gennemførelsen af straffesagen i Danmark, at der indledes en egentlig udleveringsprocedure. Denne procedure er mere indviklet end proceduren i forbindelse med den europæiske arrestordre og afhænger af de relevante udleveringsregler i det land, som tilbageholder piraten, og især om der foreligger en udleveringsaftale imellem Danmark og det pågældende land. Et af de krav, som typisk stilles i forbindelse med en udleveringsprocedure, er, at forholdet både er strafbart i det land, som ønsker vedkommende udleveret, og det land, som modtager udleveringsbegæringen.<sup>24</sup>

### **3.3 Dansk straffemyndighed ved et piratangreb mod et fartøj fra et tredje land, hvis besætning er danske statsborgere**

Hvis piratangrebet foretages i internationalt farvand og ikke vedrører et dansk skib, foreligger der ikke dansk straffemyndighed under *territorial-/flagstatsprincippet*, eventuelt suppleret af *virkningsprincippet*. Disse principper bliver imidlertid suppleret af andre begrundelser for national straffemyndighed. Et eksempel er det *aktive personalprincip*, som blandt andet hjemler dansk straffemyndighed, hvis en dansk statsborger, eller en person, som er bosat i den danske stat, begår en strafbar handling uden for et folkeretligt anerkendt statsområde, hvis handlingen kan straffes med mere end 4 måneders fængsel (straffelovens § 7, stk. 2).<sup>25</sup>

Yderligere kan der foreligge dansk straffemyndighed i nogle tilfælde, hvor ikke gerningsmanden, men den person den strafbare handling retter sig imod, har tilknytning til Danmark (det *passive personalprincip*).<sup>26</sup> Straffelovens § 7 a, stk. 3 hjemler straffemyndighed, hvis en strafbar handling, som kan straffes med højere straf end 4 måneders fængsel, foretages uden for et andet lands myndighedsområde og rettes imod en person, som er

<sup>22</sup> Rådets rammeafgørelse (2002/584/RIA) af 13. juni 2002 om den europæiske arrestordre og om proceduren for overgivelse mellem medlemslande.

<sup>23</sup> En procedure under den europæiske arrestordre dannede i januar 2009 grundlaget for, at et antal tilbageholdte pirater på Absalon blev overdraget til de hollandske myndigheder.

<sup>24</sup> Se udleveringslovens § 2 ff.

<sup>25</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 65 ff. og s. 389.

<sup>26</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 275 ff. og s. 390 f.

dansk statsborger, er bosat eller har lignende fast ophold i Danmark. Det betyder, at der foreligger dansk straffemyndighed i *situation 3*: Overtrædelsen af straffelovens § 183 a straffes med fængsel indtil livstid og er dermed en lovovertrædelse, som kan begrunde straffemyndighed efter § 7 a, stk. 3. Det betyder, at de danske myndigheder kan indlede og gennemføre en straffesag mod en udenlandsk pirat, som under et angreb mod et skib fra et tredje land udøver den ulovlige tvang i forbindelse med kapringen mod et besætningsmedlem, som er dansk statsborger, eller som bor i Danmark.

### 3.4 Dansk straffemyndighed ved et piratangreb mod et fartøj fra et tredje land uden nogen tilknytning til Danmark

I *situation 1, 2 og 3* begrundes dansk straffemyndighed hovedsageligt med, at sagen har tilknytning til Danmark, da angrebet retter sig mod et dansk fartøj eller mod personer, som har tilknytning til Danmark, og at angrebet foregår i et område, som er uden for en andet stats myndighedsområde. Problemet i forbindelse med *situation 4* ligger imidlertid i, at den strafbare handling ingen direkte tilknytning har til Danmark: Hverken det angrebne skib, dets besætning, det farvand skibet befinder sig i eller den tilbageholdte pirat har tilknytning til Danmark – tilknytningen opstår kun ved, at piraten bliver pågrebet og tilbageholdt af et dansk skib. Imidlertid hjemler straffeloven i nogle nærmere beskrevne situationer også straffemyndighed i sager, som ikke har direkte tilknytning til landet (*universalprincippet*).<sup>27</sup>

Dansk straffemyndighed hjemles for eksempel i straffelovens § 8, nr. 5 for kriminaliserede handlinger, som er omfattet af en international bestemmelse, og efter denne er Danmark forpligtet til at have straffemyndighed. For at kunne danne grundlag for dansk straffemyndighed er det altså på den ene side nødvendigt, at pirateri/skibskapring er en handling som er omfattet af en international bestemmelse, som Danmark har tilsluttet sig, og at Danmark på den anden side i henhold til denne bestemmelse er *forpligtet* til at have straffemyndighed.<sup>28</sup> Som det er nævnt overfor, indebærer de internationale regler kun en generel pligt til at deltage i »bekæmpelse af sørøveri« og en *udtrykkelig pligt* til at strafforfølge danske pirater, pirater i dansk territorialfarvand og pirater, som angriber danske skibe. Derudover er det som nævnt utvivlsomt, at de internationale regler giver Danmark en *ret* til egen strafforfølgning i andre situationer, men det kan nok ikke konkluderes, at dette indebærer en egentlig *pligt* til dette.<sup>29</sup> Det betyder, at der i *situation 4*

<sup>27</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 88 og s. 395.

<sup>28</sup> Se Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 99 ff.

<sup>29</sup> Netop spørgsmålet, hvornår en stat efter internationale regler er forpligtet til at have straffemyndighed, kan være tvivlsomt, se dertil: Träskman: In dubio, pro Danica. Några reflexioner över dansk straffrättslig jurisdiktion, i Elholm/Balvig/Feldtmann m.fl. (red.), Ikke kun straf. Festskrift til Vagn Greve, 2008, s. 588 f.

ikke kan konstateres dansk straffemyndighed i medfør af straffelovens § 8, nr. 5: Nok indebærer pirateri handlinger, som er omfattet af flere internationale bestemmelser, men disse bestemmelser *forpligter* formentlig ikke i den givne situation Danmark til at kunne udøve straffemyndighed.

En anden mulig hjemmel for dansk straffemyndighed i piraterisager, som ikke har anden tilknytning til Danmark end den, at den mistænkte pirat befinder sig på et dansk skib, vedrører specifikt sager om fly- og skibskapring: straffelovens § 8 b, stk. 1 hjemler straffemyndighed for overtrædelser af straffelovens § 183 a som foregår i internationale farvande, hvis den mistænkte pirat på »*tidspunktet for sigtelsen*« er dansker eller bor i Danmark (§ 8 b, stk. 1, nr. 1) eller befinder sig »*her i landet*« (§ 8 b, stk. 1 nr. 2). Bestemmelsens stk. 2 udvider straffemyndigheden i disse tilfælde også på drabs- og voldshandlinger, som bliver begået i forbindelse med kapringen. Straffemyndigheden i medfør af § 8 b forudsætter dermed ikke en tilknytning til Danmark ved gerningstidspunktet, men alene at den mistænkte pirat ved sigtelsestidspunktet enten er dansker, bor i Danmark eller befinder sig »*her i landet*«. <sup>30</sup>

I forbindelse med *situation 4* er bestemmelsens stk. 1, nr. 2 central: Det relevante spørgsmål i den forbindelse er, om en person befinder sig »*her i landet*«, hvis han/hun er tilbageholdt på et dansk skib i internationale farvande, som deltager i en international indsats mod pirateri. Begrebet »*her i landet*« fortolkes således, at også ganske korte ophold i Danmark, for eksempel i forbindelse med et flyskifte i Københavns Lufthavn, ville være omfattet af bestemmelsen, selv om vedkommende kun befinder sig i lufthavnens transitområde. <sup>31</sup> Det er dog tvivlsomt, om også et (ufrivilligt) ophold på et dansk skib kan danne grundlag for at antage et ophold »*her i landet*«. I betænkning 1488/2007 antages det, at formuleringen »*her i landet*« forudsætter at vedkommende »*indfinder sig på dansk territorium*«. Betænkningen behandler dog ikke spørgsmålet, om »*territoriet*« i denne sammenhæng også omfatter danske skibe, for eksempel ved at drage en parallel til *flagstatsprincippet* i forbindelse med straffelovens § 6. <sup>32</sup>

I forbindelse med *Absalons* indsats i Aden-bugten har det tilsyneladende været den danske regerings opfattelse, at en tilbageholdelse på et dansk skib ikke kan anses som et (midlertidig) ophold på dansk territoriet. Denne holdning fører til den interessante situation, hvor der skelnes imellem dansk varetægt og egentlig ophold i Danmark: På den ene side befinder personen sig utvivlsomt i dansk varetægt, når denne tilbageholdes på et dansk krigsskib og kan, for eksempel som det er sket i begyndelsen af 2009, udleveres til Holland, efter at proceduren under den europæiske arrestordre imellem Hol-

<sup>30</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 98 og s. 288 f.

<sup>31</sup> Karnov, strfl. § 8 b, note 60.

<sup>32</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 98. Se dertil overfor punkt 3.2.

land og Danmark er iværksat. På den anden side befinder vedkommende sig dog ikke *i landet*, blot fordi han/hun er tilbageholdt på et dansk krigsskib, hvorfor straffemyndighed efter straffelovens § 8 b, stk. 1 nr. 2 ikke kommer i betragtning, hvis ikke skibet efterfølgende sejler til dansk havn.

Mod en udvidet forståelse af begrebet »*her i landet*« og en dermed forbunden udvidelse af dansk straffemyndighed på *situation 4* kan det også anføres, at straffemyndighedsbestemmelser kan forstås som en del af den materielle strafferet, det vil sige et led i kriminaliseringen af en given handling, og dermed underlagt legalitetsprincippet krav og begrænsninger.<sup>33</sup> En sådan forståelse af jurisdiktionsbestemmelsernes placering er dog tvivlsom, spørgsmålet bliver ofte ikke nærmere behandlet, eller det bliver uden nærmere overvejelse antaget, at disse er en del af de strafprocessuelle regler.<sup>34</sup>

Når straffelovens § 8 b, stk. 1 nr. 2 fortolkes således, at en tilbageholdelse på et dansk skib ikke indebærer et ophold »*her i landet*«, betyder det også, at bestemmelsen ikke kan danne grundlag for at begrunde en udlevering til Danmark: § 8 b, stk. 1 nr. 2 forudsætter for dansk straffemyndighed, at personen befinder sig i landet ved selve *sigtelsestidspunktet*, og kan derfor ikke begrunde en udlevering til landet med det formål, at man ved ankomst kan sigte vedkommende og dermed etablere straffemyndighed.<sup>35</sup> I den her relevante *situation 4* ligger situationen dog anderledes, da det ikke drejer sig om et andet land, som tilbageholder den mistænkte pirat, men netop egne styrker. Alligevel har det under *Absalons* indsats i Aden-bugten tilsyneladende været den danske holdning, at der i *situation 4* ikke kan iværksættes en overførelse til Danmark og konstateres dansk straffemyndighed.

#### 4. Afsluttende bemærkninger

Eksemplet i forbindelse med *situation 4* illustrerer en af de problemstillinger, som indsatsen i Aden-bugten har synliggjort: Beslutningen om at deltage i den internationale indsats mod pirateri blev truffet, uden at de dermed forbundne (straffe-) retlige problemstillinger synes at være blevet afklaret i forvejen. Det er utilfredsstillende, at *Absalons* ellers ganske succesrige indsats i Aden-bugten er blevet overskygget af den kendsgerning, at man kontinuerligt har været nødt til at landsætte tilbageholdte pirater, da man ikke selv kunne

<sup>33</sup> Träskman: In dubio, pro Danica. Några reflexioner över dansk straffrättslig jurisdiktion, i Elholm, Balvig, Feldtmann m.fl. (red.), Ikke kun straf. Festskrift til Vagn Greve, 2008, s. 569.

<sup>34</sup> Det synes for eksempel at være udgangspunkt i Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 26 f. Se til denne diskussion også Träskman: In dubio, pro Danica. Några reflexioner över dansk straffrättslig jurisdiktion, i Elholm, Balvig, Feldtmann m.fl. (red.), Ikke kun straf. Festskrift til Vagn Greve, 2008, s. 564 ff.

<sup>35</sup> Betænkning 1488/2007 om dansk straffemyndighed, s. 98.

strafforfølge og heller ikke kunne udlevere til et land, som kunne gennemføre en retsstatslig forsvarlig straffesag.

En mulig tilgang til problemstillingen kunne være at ændre de danske jurisdiktionsregler: For eksempel kunne straffelovens § 8 b, stk. 1 nr. 2 udvides således, at der også foreligger dansk straffemyndighed, hvis vedkommende ved sigtelsestidspunktet befinder sig »her i landet eller på et dansk indregistreret skib«. En sådan tilføjelse ville være lovgivningsteknisk ret enkel. Det bør dog under en sådan lovgivningsproces nøje overvejes, om det overhovedet er en hensigtsmæssig tilgang til pirateriproblemet at lade formodede pirater blive strafforfulgt langt væk fra deres hjemland. En udvidelse af de danske jurisdiktionsregler forudsætter desuden, at man er villig til at tage de konsekvenser, en gennemførelse af straffesager mod udenlandske pirater kunne have, ikke mindst i forbindelse med spørgsmålet om vedkommendes fremtidige ophold i Danmark efter strafafsoningen. Det er særdeles tvivlsomt, om man kunne tvinge pirater til at tage tilbage til deres hjemland, hvis situationen i landet er ustabil, og det for eksempel er sandsynligt, at vedkommende efter hjemsendelsen ville blive udsat for tortur eller andet overgreb.

En anden tilgang til problemet, som den danske regering på nuværende tidspunkt synes at prioritere, er at indgå en aftale med et land i den region, hvor piraterne gennemfører deres gerninger. Denne løsningsmodel har EU anvendt, idet EU har indgået en aftale med Kenya om, at Kenya vil modtage mistænkte pirater og gennemføre straffesager mod disse.<sup>36</sup> Tyskland har allerede udleveret formodede pirater til Kenya, og en første retssag er blevet indledt i april. »Udliciteringen« af strafforfølgningen til Kenya er dog særdeles omstridt i Tyskland, især fordi der sættes spørgsmålstegn ved, om straffesagen vil leve op til de retsstatslige principper og processuelle garantier, Tyskland forudsætter for straffesager, og at en eventuel strafafsoning vil ske under forsvarlige forhold. Danmark forsøger at få en lignende aftale i stand.<sup>37</sup>

Uanset hvilken tilgang til problemstillingen man vælger, så må man nok erkende, at pirateriproblemet ikke vil forsvinde. Indsatsen i Aden-bugten har ikke ført til, at piraternes aktivitet i selve Aden-bugten er blevet indskrænket; tværtimod er antallet af angreb blevet forøget i de første måneder af 2009. Samtidig er piraternes aktivitetsområde ved brug af »moderskibe« blevet ud-

<sup>36</sup> Aftale om udlevering og retsforfølgning af pirater, tilbageholdt af EUNAVFOR, mellem Kenya og EU af 6. marts 2009.

<sup>37</sup> I hvert fald udtaler udenrigsminister Per Stig Møller ultimo april 2009, at en sådan aftale er tæt på, se <http://www.dr.dk/Nyheder/Indland/2009/04/26/050803.htm>. Danmark kan pga. forbeholdene over for forsvarssamarbejde og det retlige samarbejde ikke blot benytte sig af aftalen mellem EU og Kenya.

videt til også at indbefatte det Indiske Ocean. Men indsatsen har ført til en nedgang i *effektiviteten* af piratangrebene.

Også i andre dele af verden synes pirateri at blive et voksende problem. Både verdenssamfundets reaktion på pirateriproblemet og de enkelte landes egne tiltag indebærer, som denne artikel har illustreret, nogle juridiske problemstillinger. Men disse er kun en side, den anden side er, at der både på nationalt og internationalt niveau skal træffes nogle beslutninger, som først og fremmest er af politisk natur, og som kræver grundige overvejelser om, med hvilke midler man mest hensigtsmæssigt kan bekæmpe piraternes hærgen til søs.



# Skatterettens hædersgavebegreb

af

*Jane Ferniss*

## 1. Indledning

I en glædesrus over OL-deltagernes fantastiske præstationer ved De Olympiske Lege i Beijing i 2008 bekendtgjorde den daværende kulturminister, at de pengepræmier, som medaljetagerne ville modtage fra Team Danmark, skulle være skattefrie.<sup>1</sup> Dette medførte efterfølgende en del politiske diskussioner, bl.a. om reglerne for beskatning af pengepræmier til medaljevindere ved De Olympiske Lege skulle ændres således, at sådanne præmier ville blive skattefrie for modtagerne. I den forbindelse blev det også diskuteret, om andre persongrupper som f.eks. deltagere ved De Paralympiske Lege (de handicappedes OL), VM og EM, Tour de France samt soldater og læger i krigszoner mv., som også fortjener stor respekt og anerkendelse, så også skulle kunne modtage skattefrie hæderspriser.<sup>2</sup> Skattefrihed for pengepræmier til medaljevindere ved OL eller andre blev ikke gennemført. I de senere år har der flere gange været politiske overvejelser om, hvor grænsen for skattefrihed for hædersgaver mv. skal være.

Der er ofte personer, der får tildelt hædersgaver i form af priser, gaver, legater og lignende som følge af, at de har præsteret en anerkendelsesværdig indsats. Medaljen har imidlertid en bagside. Som udgangspunkt er sådanne hædersgaver mv. skattepligtige for modtagerne i medfør af statskattelovens § 4. Efter denne bestemmelse omfatter den skattepligtige indkomst den skattepligtiges » ... samlede årsindtægter, hvad enten de hidrører her fra landet eller ikke, bestående i penge eller formuegoder af pengeværdi, således f.eks. ... c. ... gaver ... « Der er dog indført en række bestemmelser i ligningslo-

<sup>1</sup> Ved OL i 2008 udbetalte Team Danmark i alt 1,3 mio. kr., 100.000 kr. for en guldmedalje, 70.000 kr. for en sølvmedalje og 35.000 kr. for en bronzemedalje.

<sup>2</sup> Jf. B9 fremsat den 9. oktober 2008 om forslag til folketingsbeslutning om skattefrihed for præmiepenge til medaljevindere ved OL.

ven, som modificerer dette udgangspunkt, således at visse hædersgaver mv. enten slet ikke beskattes eller beskattes lempeligere. Skatteretten indeholder ikke nogen definition af gave. Det skatteretlige gavebegreb må derfor tage udgangspunkt i det civilretlige gavebegreb. Traditionelt er en gaveydelse defineret som en ydelse, hvorved modtageren som udslag af gavmildhed tilføres en vederlagsfri formuefordel på giverens bekostning.<sup>3</sup>

Denne artikel omhandler de hædersgaver, der er skattefrie, hvis de er omfattet af ligningslovens § 7, nr. 1 eller § 7, nr. 19, og de hædersgaver der er lempeligere beskattet, hvis de er omfattet af ligningslovens § 7O, stk. 1, nr. 1. Disse undtagelsesbestemmelser er i de senere år blevet udvidet flere gange, ligesom der er sket en vis udvidelse af praksis.

Det har ofte givet anledning til vanskeligheder i praksis at fastlægge, hvilke hædersgaver mv. der er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i ligningslovens § 7, nr. 1, § 7, nr. 19 og § 7O, stk. 1, nr. 1, og litteraturen herom er begrænset.<sup>4</sup> Formålet med denne artikel er derfor at analysere det skatteretlige hædersgavebegreb for at fastlægge rækkevidden af henholdsvis ligningslovens § 7, nr. 1, § 7, nr. 19 og § 7O, stk. 1, nr. 1 samt at foretage en vurdering af de senere års udvikling i praksis vedrørende disse bestemmelser.

I artiklen behandles således ikke de særlige krigshædersgaver mv., der er omfattet af ligningslovens § 7, stk. 1, nr. 2-5. Ligesom findeløn mv. samt visse dusører og belønninger for at redde mennesker eller medvirken til at opklare eller forhindre forbrydelser mv., der er omfattet af ligningslovens § 7, nr. 28, ikke behandles. Endvidere behandles ikke legater mv., der er betinget af, at de anvendes til studierejser eller til videnskabelig forskning. Disse beløb kan i stedet være omfattet af skattefritagelsesbestemmelsen i ligningslovens § 7K. Endelig medtages ikke gaver, der ydes af arbejdsgiveren i forbindelse med jubilæum eller ved arbejdsophør. Disse gaver kan være omfattet af ligningslovens § 7U.

Indledningsvis foretages en historisk analyse af udviklingen af lovgivningen vedrørende hædersgaver. Derefter analyseres begrebet hædersgaver for at udlede, hvilke betingelser der er gældende og det nærmere indhold heraf, med det sigte at fastlægge hvilke hædersgaver der er fritaget for beskatning

<sup>3</sup> Jf. Jan Pedersen i Skatteretten 1, 2004, s. 385 ff. Se om gavebegrebet i Eigil Lego Andersen, Gavebegrebet, 1988, s. 127 ff.

<sup>4</sup> Se dog Eigil Lego Andersen, Gavebegrebet, 1988, s. 580-582. Se i øvrigt kortfattet om emnet i bl.a. Henrik Dam mfl., Grundlæggende skatteret, 2009, s. 194-196, Jane Bolander i Lærebog om indkomstskat, 2007, s. 388-389, Jan Pedersen i Skatteretten 1, 2004, s. 401-402, Mette Klingstrup og Henrik Peytz, Ligningsloven med kommentarer, 2000, s. 158, s. 164 og s. 216-218, C. Helkett, Opgørelse af den skattepligtige indkomst, 1993, s. 514-518, Thøger Nielsen, Indkomstbeskatning, 1965, bind 1, s. 291-292.

eller bliver lempeligere beskattet, og hvilke der falder helt uden for undtagelsesbestemmelserne. Dette foretages dels ved en fortolkning af undtagelsesbestemmelsernes ordlyd og dels ved en analyse af forarbejderne, praksis mv. Artiklen afrundes med nogle afsluttende bemærkninger.

## 2. Den historiske udvikling af lovgivningen vedr. hædersgaver

### 2.1 Indførelsen af den første skattefritagelsesbestemmelse

I dansk skatteret har der været en lang tradition for at anse indtægter fra gaver for skattepligtige indtægter.<sup>5</sup> Ved vedtagelse af statsskatteloven i 1903 blev gaver således også som udgangspunkt anset for skattepligtig indkomst i § 4c.<sup>6</sup> Dette udgangspunkt blev videreført i statsskatteloven fra 1922, som stadig er gældende. I perioden frem til 1942 havde praksis udviklet sig således, at hædersgaver ofte blev fritaget for beskatning.<sup>7</sup> For at lovfæste denne praksis blev der i 1942 indført en fritagelsesbestemmelse i ligningsloven § 12, stk. 1.<sup>8</sup> Bestemmelsen havde følgende ordlyd:

»Til den skattepligtige Indkomst medregnes ikke saadanne een Gang for alle oppebaarne Gave- eller Legatbeløb, der er udredt af offentlige Midler, Legater, kulturelle Fonds o.lign. her eller i Udlandet, eller som er tilvejebragt ved Indsamling af Bidrag, alt for saavidt Ydelsen alene har Karakter af en Anderkendelse af Modtagerens Fortjenester.«

### 2.2 Opdeling i skattefrie og kun lempeligere beskattede hædersgaver

I årene herefter steg antallet af hædersgaver væsentligt, og de fik efterhånden også en anden karakter end tidligere. Man fandt det derfor ikke rimeligt at bevare den fuldstændige skattefrihed for hædersgaver. I 1968 blev bestemmelsen derfor opdelt således, at reglerne om gave- og legatbeløb, der var udredt af offentlige midler, legater, kulturelle fonds og lignende blev overført til lov om særlig indkomstskat. Disse gaver skulle således fremover beskattes, men dog alene med den lempeligere særlige indkomstbeskatning, hvilket formentlig skyldes det anerkendelsesværdige motiv, der ligger bag hæderspriser.<sup>9</sup> De indsamlede gaver skulle derimod fortsat være skattefrie.

<sup>5</sup> Se herom i TfS 2003, 394 »Forhistorien til statsskattelovens §§ 4, 5 og 6« af J. Ferniss.

<sup>6</sup> Gaver omfattet af statsskattelovens § 5b, der omhandler gaver mellem nærtbeslægtede, var dog ikke omfattet, jf. afsnit II i lov om afgift af dødsboer og gaver. I dag boafgiftslovens §§ 22-24.

<sup>7</sup> Skattefritagelsen skete ved, at Finansministeren benyttede sin bemyndigelse til efter ansøgning fra skatteyderen at nedsætte statsskatten, men således at denne nedsættelse først fandt sted, efter at hædersgaven havde været medregnet i skatteansættelsen, jf. Landstingets I. behandling af lovforslag om midlertidige ændringer i reglerne om påligning af indkomst- og formueskat (Tillæg C sp. 149) sp. 297 1942/43.

<sup>8</sup> Jf. lov nr. 517 af 19. december 1942.

<sup>9</sup> Den særlige indkomstskat udgjorde 30 pct. af det beløb, som indkomsten – afrundet – oversteg 1.000 kr., jf. lov om særlig indkomstskat § 9.

Bestemmelserne fik herefter følgende ordlyd i henholdsvis ligningsloven § 7, litra a<sup>10</sup> og lov om særlig indkomstskat § 2:<sup>11</sup>

»§ 7. Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke:

a) Gaver, der hidrører fra indsamlede bidrag, forudsat at gaven er oppebåret én gang for alle og alene har karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester.«

»§ 2. Ved opgørelsen af særlig indkomst medregnes: ...

17. Gave- og legatbeløb, der er ydet én gang for alle af offentlige midler, legater, kulturelle fonds o. lign. her i landet eller i udlandet, når gaven eller legatet udelukkende har karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester.«

### 2.3 Skattefrie hædersgaver mv. fra indsamlede bidrag

Ligningslovens § 7, litra a har ofte været genstand for en udvidet fortolkning i praksis. Bestemmelsen har bl.a. været anvendt til at skattefritage gaver af indsamlede bidrag til alvorligt syge<sup>12</sup> og tilskadekomne<sup>13</sup> samt til efterladte efter personer, der var omkommet ved en ulykke.<sup>14</sup> Bestemmelsen har endvidere været anvendt til at indrømme skattefrihed for indsamlinger til større grupper af personer, der som følge af en begivenhed, f.eks. stormflod, har lidt økonomiske tab.<sup>15</sup> Udviklingen i praksis kunne således give

<sup>10</sup> Lov nr. 452 af 8. december 1967 (FT 1967-68, 1. saml., Tillæg A sp. 1195, Tillæg B 45, 75, FF 461, 638, 2006, 2177).

<sup>11</sup> Lov nr. 32 af 19. februar 1968. Pkt. 17 blev senere ændret til pkt. 16.

<sup>12</sup> I SKM2001.134.LR/TfS 2001, 354 LR blev en indsamlingsgave, der skulle anvendes til at dække udgifterne til en kræftsygs behandling mv. på et udenlandsk hospital, anset for omfattet af bestemmelsen. Gaven var dermed skattefri for den kræftsyge modtager.

<sup>13</sup> I SKM2001.133.LR/TfS 2001, 355 LR påtænkte et idrætsforbund at foretage en indsamling via en række arrangementer til fordel for en tidligere professionel idrætsudøver, som på grund af en ulykke var blevet handicappet og derfor ikke længere kunne varetage sit job som idrætsudøver eller et andet arbejde. Indsamlingsgaven skulle gives til ham som en anerkendelse for hans enestående talent og opnåede resultater som idrætsudøver. Gaven skulle blandt andet give ham økonomisk mulighed for den lægelige behandling, han havde brug i den nuværende situation. Ligningsrådet fandt, at det indsamlede beløb var omfattet af ligningslovens § 7, litra a. Der var herved henset til, at skatteyderen var blevet invalideret og ikke var formuende.

<sup>14</sup> Jf. TfS 1988, 691 LR der omhandlede en skatteyder – hvis papirløse samlevende var omkommet ved en ulykke i Tingbæk Kalkminer – der havde modtaget en pengegave, der var indsamlet af et dagblad, på ca. 100.000 kr. til hende og deres to fællesbørn. Indsamlingen var foretaget ud fra et ønske om at understøtte de efterladte økonomisk. Ligningsrådet fandt, at det indsamlede beløb kunne anses for omfattet af ligningslovens § 7, litra a.

<sup>15</sup> I RR 1982, 97 SD blev indsamlede midler til ofre for en stormflod i november 1981 anset for skattefri efter ligningslovens § 7, litra a under forudsætning af, at gaverne ikke blev udbetalt til dækning af konkrete tab eller skader, men blev ydet med afrundede beløb som ud-

anledning til tvivl om bestemmelsens anvendelsesområde. Lovteksten blev derfor ændret i 2002 således, at det nu fremgår af bestemmelsen, at skattefriheden også omfatter indsamlede bidrag, der ydes til personer, der er alvorligt syge, eller som er kommet alvorligt til skade, eller som ydes til personer, der har været udsat for en ulykke eller katastrofe samt disses efterladte. Endvidere blev det præciseret i lovteksten, i overensstemmelse med hidtidig praksis, at det er en forudsætning for skattefrihed, at gaven ikke har karakter af vederlag, og at indsamlingen ikke er sket på modtagerens initiativ.<sup>16</sup> I 2003 blev det præciseret i bestemmelsen, at personer, der er ofre for forbrydelser og deres efterladte, også er omfattet af bestemmelsen.<sup>17</sup>

Ligningslovens § 7, nr. 1<sup>18</sup> har således i dag følgende ordlyd:

»§ 7. Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke:

1) Gaver, der hidrører fra indsamlede bidrag, forudsat at gaven alene har karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester eller er ydet i anledning af modtagerens alvorlige sygdom eller tilskadekomst eller er ydet til personer, der har været udsat for en ulykke, forbrydelse eller katastrofe, eller til disses efterladte. Det er ligeledes en forudsætning, at gaven er oppebåret én gang for alle og ikke har karakter af vederlag, samt at indsamlingen ikke er sket på modtagerens initiativ.«

#### **2.4 Skattefritagelse af internationale hæderspriser og hædersgaver til kunstnere**

Med virkning fra og med indkomståret 1975 blev Nobelprisen og Nordisk Råds Litteratur- og Musikpris gjort skattefri.<sup>19</sup> Baggrunden herfor var at ligestille prismodtagere i Danmark med prismodtagere i Norge og Sverige, hvor de nævnte priser ikke blev beskattet. I ligningslovens § 7 blev der derfor indsat en skattefritagelsesbestemmelse i § 7, litra v med følgende ordlyd:

»§ 7. Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke: ...

v) Hæderspriser, der udbetales i henhold til Nobelstiftelsens Grundstadgar, samt Nordisk Råds Litteratur- og Musikpris.«

I 1997 blev skattefritagelsesbestemmelsen udvidet til at omfatte hæderspriser, som uddeles af visse mellemstatslige organisationer og institutioner. I forbindelse hermed blev det indføjet i bestemmelsen, at prisen skal være ydet som et uansøgt engangsbeløb og udelukkende have karakter af en an-

---

tryk for en økonomisk kompensation for den forstyrrelse af de skadeslidtes stilling og forhold i almindelighed, som stormfloden forvoldte.

<sup>16</sup> Lov nr. 135 af 20. marts 2002 (L 14-2 2001/02).

<sup>17</sup> Lov nr. 1163 af 19. december 2003 (L 63 2003/04).

<sup>18</sup> Af lovtekniske grunde blev ligningslovens § 7, litra a-z, erstattet med numre ved lov nr. 1064 af 17. december 2002 (L 81 2002/03).

<sup>19</sup> Jf. lov nr. 325 af 10. juni 1976 (FT 1975-76, Tillæg A sp. 3969).

erkendelse af modtagerens fortjenester.<sup>20</sup> Bestemmelsen fik herefter følgende ordlyd:

»v) Hæderspriser, der udbetales i henhold til Nobelstiftelsens Grundstadgar, samt hæderspriser ydet som et uansøgt engangsbeløb af mellemstatslige organisationer og institutioner, hvori Danmark deltager eller er medlem, når hædersprisen udelukkende har karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester.«

For at forbedre vilkårene for kunstnere blev bestemmelsen igen udvidet i 2002. Hæderspriser til kunstnere, der udelukkende havde karakter af en anerkendelse af modtagerens kunstneriske fortjenester og som kunstneren modtog fra offentlige midler, legater, kulturelle fonde og lignende, blev derfor fritaget for beskatning.<sup>21</sup> I 2007 skete der endnu en udvidelse af bestemmelsen således, at kunstnere nu også kunne modtage hæderspriser skattefrit fra erhvervsvirksomheder, når hædersprisen udelukkende havde karakter af en anerkendelse af modtagerens kunstneriske fortjenester. Formålet hermed var en forventning om, at virksomhederne i højere grad end tidligere ville inddrage kulturen i deres virke, da det kunne have en reklamemæssig værdi for erhvervsvirksomhederne at tildele en hæderspris til en kendt skabende eller udøvende kunstner.<sup>22</sup> Bestemmelsen har i dag følgende ordlyd:

»§ 7. Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke: ...

19) Hæderspriser, der udbetales i henhold til Nobelstiftelsens Grundstadgar eller ydes af mellemstatslige organisationer og institutioner, hvori Danmark deltager eller er medlem, når hædersprisen udelukkende har karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester. Hæderspriser, som ydes af offentlige midler, legater samt kulturelle fonde og lignende samt af erhvervsvirksomheder her i landet eller i udlandet, når hædersprisen udelukkende har karakter af en anerkendelse af modtagerens kunstneriske fortjenester. Det er en betingelse, at hædersprisen er ydet som et uansøgt engangsbeløb.«

## **2.5 Lempeligere beskattede hædersgaver fra offentlige midler mv.**

I forbindelse med ophævelse af lov om særlig indkomst i 1995 blev de regler, der omhandlede hædersgaver mv. overflyttet til ligningslovens § 70, stk. 1, nr. 1. Der skete ikke nogen ændring i bestemmelsens anvendelsesområde i forbindelse med overflytningen. I 1. pkt. tilføjes dog, at § 70 alene omfatter skattepligtige personer. Der skete endvidere en justering af reglerne om medregningsprocenter og bundfradrag for indkomster omfattet af §

<sup>20</sup> Jf. lov nr. 1101 af 29. december 1997 (L 83 1997/98).

<sup>21</sup> Jf. lov nr. 391 af 6. juni 2002 (L 188 2001/02). Af lovtekniske grunde blev ligningslovens § 7, litra a-z, erstattet med numre ved lov nr. 1064 af 17. december 2002 (L 81 2002/03).

<sup>22</sup> Jf. lov nr. 538 af 6. juni 2007 (L 190 2006/07).

70.<sup>23</sup> Ligningslovens § 70, stk. 1, nr. 1 og stk. 2 har i dag, efter enkelte redaktionelle ændringer,<sup>24</sup> følgende ordlyd:

»§ 70, stk. 1. Skattepligtige personer skal ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst medregne følgende indkomster efter reglerne i stk. 2:

1) Gave- og legatbeløb, der er ydet som et engangsbetrag af offentlige midler, legater, kulturelle fonds og lignende her i landet eller i udlandet, når gaven eller legatet udelukkende har karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester, jf. dog § 7, nr. 19.

...

Stk. 2. Af den del af summen af de i stk. 1 nævnte indkomster, der overstiger et grundbeløb på 7.900 kr., medregnes 85 pct. til den skattepligtige indkomst. Grundbeløbet reguleres efter personskattelovens § 20.«<sup>25</sup>

Gave- og legatbeløb omfattet af § 70 er således skattefrie, hvis de ikke overstiger det regulerede beløb, der for indkomståret 2009 udgør 14.500 kr.<sup>26</sup> Overstiger indkomstårets samlede indtægter omfattet af § 70, stk. 1, det regulerede grundbeløb, medregnes den del af indtægten, der overstiger det regulerede grundbeløb, med 85 pct. til den skattepligtige indkomst.

### 3. Begrebet »hædersgave«

#### 3.1 Betingelser for at være omfattet af undtagelsesbestemmelserne

Af bestemmelserne fremgår det, at der er en række betingelser, der skal være opfyldt, for at en hædersgave kan anses for at være omfattet af de ovenfor nævnte undtagelsesbestemmelser i ligningsloven. Følgende betingelser kan udledes af de enkelte bestemmelsers ordlyd.

*Ligningslovens § 7, nr. 1 – Skattefrie hædersgaver mv. fra indsamlede bidrag:*

1. Gaven skal hidrøre fra indsamlede bidrag,
2. skal alene have karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester eller være ydet til personer i særlige nævnte nødsituationer, eller til disses efterladte,
3. indsamlingen må ikke være sket på modtagerens initiativ,
4. gaven må ikke have karakter af vederlag og
5. gaven skal være oppebåret én gang for alle.

<sup>23</sup> Jf. lov nr. 313 af 17. maj 1995 (L 137 1994/95).

<sup>24</sup> Bl.a. er »litra v« ændret til: »nr. 19«, som følge af, at strukturen i § 7 er blevet ændret fra litra til numre, jf. lov nr. 1163 af 19. december 2003 (L 63 2003/04).

<sup>25</sup> Med virkning fra og med indkomståret 2010 er grundbeløbet ændret til 14.500 kr. (2010-niveau), jf. lov nr. 519 af 12. juni 2009.

<sup>26</sup> Jf. TFS 2008, 1145 SM.

*Ligningslovens § 7, nr. 19 – Skattefrie internationale hæderspriser og hædersgaver til kunstnere:*

1. Hædersgaven skal være en Nobelpris eller være ydet af visse mellemstatslige organisationer og institutioner eller være ydet til kunstnere af offentlige midler, legater samt kulturelle fonde og lignende samt erhvervsvirksomheder,
2. skal udelukkende have karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester/kunstneriske fortjenester,
3. skal være et engangsbeløb og
4. være ydet som et uansøgt beløb

*Ligningslovens § 7O, stk. 1, nr. 1 – Lempeligere beskattede hædersgaver fra offentlige midler mv.:*

1. Gaven/legatet skal være udbetalt af offentlige midler, legater, kulturelle fonde og lignende,
2. skal udelukkende have karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester og
3. der skal være tale om et engangsbeløb

Flere af betingelserne udspringer af den oprindelige bestemmelse fra 1942 og er fortsat gældende inden for alle tre bestemmelser. Det findes derfor hensigtsmæssigt at analysere de fælles betingelser samlet. Betingelserne opdeles derfor i nogle generelle betingelser, der er gældende for alle tre bestemmelser og nogle specielle betingelser, der kun er gældende inden for de enkelte undtagelsesbestemmelser.

### **3.2 De generelle betingelser**

#### *3.2.1 Indledning*

Af de tre undtagelsesbestemmelser fremgår det, at der er to generelle betingelser, som skal være opfyldt, for at ydelsen betragtes som en hædersgave i relation til skattefritagelsesbestemmelserne i ligningslovens § 7, nr. 1, § 7, nr. 19 eller den lempeligere beskatning i § 7O, stk. 1, nr. 1. For det første skal der være tale om en ydelse, der er givet som en anerkendelse af modtagerens fortjenester. Denne betingelse afgrænses dels af betingelsen om, at ydelsen ikke må have karakter af et vederlag og dels af betingelsen om, at modtagelsen af gaver, legater mv. ikke må være sket på modtagerens eget initiativ. For det andet skal beløbet være ydet som et engangsbeløb. I det følgende redegøres der for det nærmere indhold af disse betingelser.



### 3.2.2 »Anerkendelse af modtagerens fortjenester«

#### 3.2.2.1 Positiv afgrænsning

Gaver, priser, legater, og lignende, der gives for at anerkende en persons indsats, gives således for at hædre den pågældende. Ifølge Politikens Nudansk Ordbog med etymologi forklares udtrykket »hæder« som »høj anseelse og synlige udtryk herfor som skyldes særligt gode egenskaber el. fremragende bedrifter, ...«. Om ordet hædersbevisning anføres: »handling hvorved man hædrer en person, det kan fx. være uddeling af en orden el. et legat = æresbevisning, udmærkelse«. Om ordet »hædre«, der er afledt af ordet hæder, anføres: »vise anerkendelse af og respekt for nogen el. noget, fx. i form af en hædersbevisning = ære.« I praksis omtales alle disse gaver, legater, priser og lignende formentlig også derfor ofte som »hædersgaver«. Visse af disse hædersgaver kan som tidligere nævnt være omfattet af undtagelsesbestemmelserne i ligningslovens § 7, nr. 1, nr. 19 eller § 7O, stk. 1, nr. 1.

Allerede i den oprindelige bestemmelse i ligningslovens § 12, stk. 1 fra 1942 indgik betingelsen om, at gaven alene måtte have karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester. Denne betingelse er videreført i alle de tre nugældende undtagelsesbestemmelser i ligningslovens § 7, nr. 1, § 7, nr. 19 og § 7O, stk. 1, nr. 1.

Betingelsens nærmere indhold kan i et vist omfang udledes dels af cirkulæret til ligningsloven, bemærkningerne til nogle af de nyere lovforslag samt af praksis.

I cirkulære nr. 72 af 17. april 1996 til ligningsloven er det alene i forbindelse med ligningslovens § 7, litra a (nu nr. 1), at betingelsen om anerkendelse af modtagerens fortjenester uddybes med følgende: »at ydelsen ... alene er udtryk for en anerkendelse af modtagerens fortjenester på specielle områder eller i almindelighed.«<sup>27</sup>

I forbindelse med fremsættelsen af L 83 1997/98 – som senere blev til lov nr. 1101 af 29. december 1997, hvor ligningslovens § 7, nr. 19 blev udvidet til at omfatte hæderspriser fra mellemstatslige organisationer mv. – udtalte skatteministeren om hædersgavebegrebet, at der skal være tale om en »ren hæderspris, der udelukkende gives en person som en anerkendelse af dennes fortjenester og virke inden for f.eks. videnskab, kunst og kultur, undervisning, forskning mv.«. Dette uddybes i bemærkningerne til bestemmelsen med: »Modtagerens fortjenester, for hvilken prisen ydes, bør være anerkendelsesværdige ud fra et bredt samfundsmæssigt synspunkt. Dette krav vil som udgangspunkt være opfyldt, når modtagerens fortjenester ud fra en almindelig fremherskende opfattelse kan karakteriseres som almennyttig. Herved tænkes navnlig på modtagerens særlige indsats og virke inden for f.eks. videnskabelige – herunder sygdomsbekæmpelse eller forskningsmæssige – kulturelle, miljømæssige, humanitære og undervisningsmæssige om-

<sup>27</sup> Tilsvarende er anført i cirkulære nr. 1 af 5. januar 1943.

*råder. Motivet for uddelingen skal alene ligge i en anerkendelse og opmuntring af prismodtagerens særlige virke og indsats.»*

Af forarbejderne til lov nr. 538 af 6. juni 2007 (L 190 2006/07), hvor ligningslovens § 7, nr. 19 blev udvidet således, at kunstnere også kan modtage hæderspriser skattefrit fra erhvervsvirksomheder, anføres om begrebet hædersgaver, at for »... at der er tale om en skattefri hæderspris, skal prisen udelukkende være en anerkendelse af den pågældendes kunstneriske fortjenester« samt, at »Hæderspriser gives typisk til personer, som gennem en længere tidsperiode har været aktive eller gjort sig bemærket inden for genren. Dette er samtidig med til at sikre en vis kvalitet og faglighed. Det er op til virksomhederne, hvordan de vil markedsføre uddelingene i relation til den pågældende kunstner, herunder om de f.eks. vil fremhæve en bestemt bog, som det sker ved BG Banks Litteraturpris. I sidste ende er det en konkret vurdering, hvorvidt der er tale om en skattefri hæderspris.«

I praksis er det mange forskellige præstationer, som er blevet anerkendt som værende omfattet af det skatteretlige hædersgavebegreb. I nyere tid har der været anerkendt hædersgaver for bl.a. indsats for, på trods af tidligere kræftsygdom, at deltage i de Paralympiske Lege og dermed være et forbillede for andre handicappede og tidligere kræftpatienter, indsats for at arbejde for at ændre uhensigtsmæssig lovgivning/praksis, anerkendelsesværdig fodboldkarriere, der har haft stor betydning for klubben og offentligheden, anerkendelse af kunstneriske præstationer herunder arkitektur og anerkendelse af en biodynamisk landmand, der anvendte specielle produktionsmetoder for at fremme den almindelige sundhed og hensyn til miljøet.<sup>28</sup>

Tidligere var der i administrativ praksis en opfattelse af, at hædersgaver kun kunne anses for omfattet af skattefrihedsbestemmelserne, såfremt de

<sup>28</sup> SKM2009.354.SR (Indsamlingsgave til en deltager i de Paralympiske Lege i Beijing 2008 blev anset for skattefri), SKM2008.382.SR/TfS 2008, 803 SR (Indsamlingsgave, som var givet som en anerkendelse af modtagerens store indsats med arbejdet for at ændre reglerne for opholdstilladelse i Danmark, blev anset for skattefri), SKM2007.750.ØLR/TfS 2008, 103 ØLR (Indsamlingsgave til professionel fodboldspiller i form af overskud fra en »testimonialkamp«, der var blevet afholdt til ære for ham i anledning af, at han afsluttede sin karriere. Han havde, siden han var 12 år, spillet 800 kampe for klubben), SKM2007.292.LSR/TfS 207, 621 LSR (Legat til en plakatkunstner blev anset for en anerkendelse af hans kunst gennem 40 år) SKM2006.759.LSR/TfS 2007, 237 LSR (Hæderspriser til to arkitekter, for smukke og betydningsfulde bygningsværker, som deres fælles firma havde lagt navn til, blev anset for omfattet af ligningslovens § 7, nr. 19), SKM2006.503.SR/TfS 2006, 863 SR (Indsamlingsgave anset for en hædersgave, bl.a. fordi den var givet i anledning af modtagerens indsats for at mindske den økonomiske byrde for nuværende og tidligere ejere af forurenede ejendomme), TfS 1997, 397 LSR (Indsamlingsgave anset som en hædersgave, bl.a. fordi den var givet som en anerkendelse af hans måde som foregangsmand at drive biodynamisk landbrug, hvor der var anvendt specielle produktionsmetoder til fremme af den almindelige folkesundhed og hensyn til miljøet).

modtagne ydelser var modtaget for fortjenester af mere almen, samfundsmæssig natur, som havde medført, at modtageren forud for belønningen havde opnået en alment anerkendt position.<sup>29</sup> Denne praksis blev underkendt af Københavns Byret i SpO 1996, 166 BR.

I SpO 1966, 166 BR havde en lektor, udover en pris for en guldmedaljeafhandling om forvaltningsret, som han i øvrigt havde selvangivet, modtaget et uansøgt legat i forbindelse hermed, som ikke var selvangivet, idet han anså legatet for omfattet af reglerne om skattefrie hædersgaver. Skattemyndighederne anså derimod beløbet for indkomstskattepligtigt, idet bestemmelsen om hædersgaver »alene hjemler skattefrihed for ydelser, modtaget for fortjenester af mere almen, samfundsmæssig natur, som har medført, at modtageren forud for belønningen har opnået en alment anerkendt position«. Retten fandt derimod, at disse opstillede krav hverken fulgte af lovgivningen eller retspraksis. Skattemyndighederne kunne herefter ikke være berettigede til at stille disse krav, medmindre det skete i medfør af en fast og varig administrativ praksis. Da det var godtgjort, at der ikke forelå en sådan undtagelsesfri praksis, og da lovens betingelser i øvrigt var opfyldt, blev legatbeløbet anset for skattefrit.

Der kan således hverken stilles krav om, at modtageren allerede forud for modtagelsen af den økonomiske anerkendelse har opnået en alment anerkendt position, ligesom det ikke nødvendigvis skal være fortjenester af mere almen samfundsmæssig karakter. Fortjenester på specielle områder kan således også komme i betragtning, hvilket også fremgår af cirkulæret til ligningslovens regler herom.<sup>30</sup>

I bemærkningerne til L 190 2006/07 ovenfor omfatter det skatteretlige hædersbegreb *typisk* hæderspriser, der gives til personer, som gennem en længere tidsperiode har været aktive eller gjort sig bemærket inden for genren. Dette udelukker imidlertid ikke, at personer, der er i begyndelsen af deres karriere, også kan få anerkendt tildelte priser, som skattefrie/lempeligere beskattede hædersgaver, jf. SpO 1966, 166 BR og SKM2007.282.LSR.

I SKM2007.282.LSR/TfS 2007, 604 LSR havde en pianist, som var uddannet på Det kongelige Danske Musikkonservatorium, hvor hun tillige færdiggjorde Solistklassen i 2002, modtaget et uansøgt engangslegat på 40.000 kr. i 2002. Uddelingen var foretaget med den begrundelse, at der var lagt vægt på modtagerens særlige evner, og det var legatbestyrelsens opfattelse, at legatet udelukkende var ydet som en anerkendelse af modtagerens kunstneriske fortjenester. Skatteankenævnet havde ved deres afgørelse lagt til grund, at legatbestyrelsen ved tildeling af legatportioner havde lagt afgørende vægt på, om en potentiel modtager kunne siges at opfylde kravet om »særlige evner« og samtidig henset til, at »særlige evner« ikke er det samme som en hæderspris efter ligningslovens § 7, nr. 19. Landsskatteretten fandt derimod, at legatet var ydet som en anerkendelse af

<sup>29</sup> F.eks. LSRM 1960, 108 og LSRM 1956, 20.

<sup>30</sup> Jf. cirkulære nr. 72 af 17. april 1996, pkt. 2.1.1.

hendes kunstneriske fortjenester, og betingelserne for at anse legatet for skattefrit efter ligningslovens § 7, nr. 19 var dermed opfyldt.

Personer, der er i begyndelsen af deres kunstneriske karriere, kan således også have egenskaber, der fortjener stor respekt og anseelse og dermed være omfattet af det skatteretlige hædersbegreb ved tildeling af hæderspriser. Denne administrative afgørelse er på linje med den retspraksis, som blev statueret ved Københavns Byrets dom fra 1966.

Det er endvidere alene modtageren af hædersbevisningen, der kan være omfattet af undtagelsesbestemmelserne.<sup>31</sup>

### 3.2.2.2 *Gaven må ikke have karakter af vederlag*

En negativ afgrænsning af, hvilke ydelser der falder uden for det skatteretlige hædersgavebegreb, er bl.a. gaver mv., der har karakter af vederlag, jf. ligningslovens § 7, nr. 1. Denne betingelse er, som tidligere nævnt i det historiske afsnit, blevet lovfæstet i 2002.<sup>32</sup> Det fremgår ikke direkte af ordlyden i ligningslovens § 7, nr. 19 og § 70, stk. 1, nr. 1, at gaven ikke må have karakter af vederlag. Men af betingelsen om, at gaven alene må have karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester, kan det modsætningsvist udledes, at gaver, der eksempelvis har karakter af vederlag, ikke er omfattet af disse bestemmelser. Dette kan i øvrigt også udledes af ligningslovens § 7, nr. 1.

Allerede i cirkulære nr. 1 af 5. januar 1943 – inden bestemmelsen blev opdelt – fremgik det, at ydelsen ikke måtte have karakter af arbejds- eller bistandspræstationer.

I forarbejderne til lov nr. 538 af 6. juni 2007 (L 190 2006/07) vedr. ligningslovens § 7, nr. 19 anføres herom, at det ikke vil »... være en hæderspris i skattelovgivningens forstand, hvis hædersprisen på nogen måde erstatter et skattepligtigt vederlag, gave eller lignende. Der må således ikke ydes en skattefri hæderspris i stedet for at betale et skattepligtigt vederlag for et udført arbejde. Hvis en kunstner på tidspunktet for ydelsen af hædersprisen eller i nær tidsmæssig tilknytning hertil er ansat hos en erhvervsvirksomhed eller udfører et stykke kunstnerisk arbejde for en erhvervsvirksomhed uden at have fået, hvad der svarer til normal løn eller betaling herfor, vil det være en indikation af, at hædersprisen ikke udelukkende er en anerkendelse af den pågældendes kunstneriske arbejde. Det samme vil være til-

<sup>31</sup> I Tfs 1987, 21 LSR havde Danmarks Radio i forbindelse med en Prix Italia-konkurrence modtaget en særlig pengepris. En del af beløbet blev videregivet til den producer, der havde produceret det pågældende tv-program. Retten fandt ikke, at prisen var omfattet af den lempeligere beskatning (nu § 70, stk. 1, nr. 1), bl.a. fordi det var Danmarks Radio, der var modtageren af hædersbevisningen.

<sup>32</sup> Lov nr. 135 af 25. marts 2002 (L 14 2001/02).

*fældet, hvis familiemæssige eller økonomiske relationer må antages at have spillet ind ved uddelingen.»*

Betingelsen om, at gaven ikke må have karakter af vederlag, må således være gældende for alle tre bestemmelser.

Vederlag der har karakter af eksempelvis betaling for konkrete arbejdsydelser, som modtageren har præsteret<sup>33</sup> eller priser, der træder i stedet for et normalt arbejdsvederlag f.eks. belønninger for løsning af prisopgaver,<sup>34</sup> falder således uden for undtagelsesbestemmelserne, ligesom priser, som har karakter af studieunderstøttelse<sup>35</sup> til modtageren, falder uden for.<sup>36</sup> Ligeledes er præmier ved konkurrencer og lignende ikke omfattet af bestemmelserne.<sup>37</sup>

I ligningsvejledningen<sup>38</sup> er anført, at: »Hvis LL § 70 skal anvendes, må gave- eller legatbeløbet ikke være ydet på grund af et specielt værk. En forfatter, der modtager en ydelse på grund af en speciel bog, kommer normalt ikke ind under disse regler. Hertil må kræves, at gave- eller legatbeløbet skal være ydet ham som en anerkendelse af hans forfatterskab som sådant.«<sup>39</sup> I nyere administrativ praksis indgår kravet om, at gaven ikke må være ydet for et specielt værk stadig i vurderingen af, om et modtaget beløb skal anses for en hædersgave omfattet af undtagelsesbestemmelserne.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> Jf. UfR 1976, 995 Ø (Beløb fra mindelegat modtaget for anerkendelse af bl.a. en stor arbejdsindsats i et ansættelsesforhold) og LSRM 1980, 56 (Maskinmester havde modtaget en hædersgave fra en fond, der var tæt knyttet til virksomheden, som en anerkendelse for hans initiativ og arbejde med at holde serviceforsyningerne på en gammel fabrik gående på en tilfredsstillende måde mv.).

<sup>34</sup> Jf. f.eks. SKM2003.448.LSR/TfS 2003, 828 LSR (Pris fra Den almindelige danske Lægeforening for besvarelse af Lægeforeningens prisopgave »Lægen som individuel sundhedsformidler«), TfS 1984, 260 LSR (Tietgen-Prisopgave ved Handelshøjskolen i København) og LSRM 1981, 55 (Ingeniørsammenslutningen og Dansk Ingeniørforening – M-prisen for besvarelse af en prisopgave).

<sup>35</sup> Jf. f.eks. TfS 1984, 62 LSR (En landbrugstekniker havde efter afslutningen af teknikerstudiets 1. del efter ansøgning fået tildelt et legat på 5.000 kr. fra en fond. Fondsbestyrelsen havde lagt vægt på de opnåede karakterer og hans økonomiske trang. Tildelingen kunne derfor ikke betragtes som udelukkende at have karakter af en anerkendelse af hans fortjenester).

<sup>36</sup> Jf. forarbejderne til lov nr. 1101 af 29. december 1997 (L 83 1997/98).

<sup>37</sup> Jf. f.eks. LSRM 1982, 177 (Præmie fra arbejdsgiveren for fremsættelse af forslag til forbedring af arbejdsmetoder) og LSRM 1973, 31 (Præmie vundet ved en konkurrence om borddækning).

<sup>38</sup> Ligningsvejledningen; Almindelig del 2009-1 A.B.7.4.1.

<sup>39</sup> Eigil Lego Andersen finder ikke, at der ses at være hjemmel til dette standpunkt. Trods flertalsformen kan fortjenester være såvel en enkelt præstation som en flerhed deraf, jf. SpO 1996.166 U om guldmedaljeafhandlingen, jf. Gavebegrebet, 1988, s. 581.

<sup>40</sup> Se tidligere praksis f.eks. TfS 1987, 21 LSR hvor Landsskatteretten ikke anså en hæderspris for omfattet af den lempeligere beskatning, idet man bl.a. anså hædersprisen for tildelt for et bestemt værk – et tv-program.

Denne praksis er tilsyneladende opstået pga. formuleringen »fortjenester«, som hentyder til at der skal være flere værker, som begrundet anerkendelsen. Hvis der er tale om et enkeltstående værk, kan det udbetalte beløb være en slags vederlag for veludført arbejde med værket.

I SKM2007.292.LSR/TfS 2007, 621 LSR havde en plakatkunstner modtaget en præmie på 60.000 kr. til fortsat kunstnerisk arbejde i anledning af skatteyderens udstilling. Udstillingen bestod af arbejder over 40 år. Skatteankenævnet havde ikke fundet, at den modtagne præmie var omfattet af hverken skattefritagelsesbestemmelsen i ligningslovens § 7, nr. 19 eller den lempeligere beskatning i ligningslovens § 7O, idet der i tildelingsbrevet intet var nævnt om, at tildelingen var givet som en anerkendelse af klagerens virke, men derimod at beløbet var givet til fortsat kunstnerisk arbejde. Endvidere var der henvist til, at det af formuleringen »anerkendelse af modtagerens fortjenester« følger, at udbetalingen ikke må have tilknytning til nogen enkeltstående præstation. Gaven eller legatet må således ikke være ydet som følge af et bestemt værk – men skal være ydet for modtagerens virke som sådan. Landsskatteretten var derimod af den opfattelse, at en præmiering måtte anses for en anerkendelse af en præstation eller lignende – og ikke i ordets betydning ville være en belønning for et fortsat arbejde. Skatteyderen havde ikke skabt værkerne specielt til denne udstilling. Det var rettens opfattelse, at udstillingen selv måtte betragtes som en anerkendelse af klagerens kunst gennem 40 år. Det bemærkes, at præmieringen fandt sted, efter at udstillingen var åbnet og bogen var udgivet, og at præmieringen således måtte anses som en anerkendelse af værkerne på udstillingen. Da der ikke var tale om en salgsudstilling, og da de udstillede værker ikke var specielt skabt til udstillingen, kunne der ikke være tale om, at beløbet var ydet som en erstatning for, at det økonomiske udbytte ikke står i rimeligt forhold til den kunstneriske indsats. Præmien blev derfor anset for omfattet af ligningslovens § 7, nr. 19.

I afgørelsen som ikke kun omfattede et enkeltstående værk, men derimod flere værker der indgik i en udstilling, fandt Landsskatteretten, at der var tale om en skatteretlig hædersgave, fordi det ikke var værker, der skulle sælges på udstillingen, og ingen af værkerne var skabt til udstillingen, beløbet var derfor ikke ydet som en erstatning for, at det økonomiske udbytte ikke stod i rimeligt forhold til den kunstneriske indsats. Gaven må altså ikke være en erstatning for et skattepligtigt vederlag – en slags betaling for veludført arbejde med værket eller værkerne.

Om et modtaget beløb skal anerkendes som en skatteretlig hædersgave, skal i medfør af SKM2007.292 LSR ikke alene vurderes ud fra, hvad der er anført som begrundelse for tildeling af fonden mv., men også på baggrund af de faktiske omstændigheder.

### 3.2.2.3 Modtagelse af gaven må ikke være sket ved ansøgning eller ved indsamling på modtagerens initiativ

Endelig er legater mv., der er uddelt efter modtagerens ansøgning, og indsamlinger, der er foretaget på modtagerens eget initiativ, ikke omfattet af henholdsvis ligningslovens § 7, nr. 19 og § 7, nr. 1. I ligningslovens § 70, stk. 1, nr. 1 er det ikke anført direkte i ordlyden, at beløbet skal være et uansøgt beløb, men det har ofte i praksis indgået som et argument for, at det modtagne beløb var modtaget som en anerkendelse af modtagerens fortjeneste.<sup>41</sup> Selvom modtageren af en hædersgave efterfølgende deltager i mindre omfang ved tilrettelæggelsen af et arrangement, hvor indsamlingen skal foretages, medfører det ikke, at gaven ikke er omfattet af skattefritagelsesbestemmelsen i ligningslovens § 7, nr. 1.<sup>42</sup>

### 3.2.2.4 Øvrige hædersgaver der ikke er omfattet

Uddelinger til varetagelse af rent politiske, økonomiske eller erhvervsmæssige interesser falder også uden for bestemmelsen.<sup>43</sup>

### 3.2.2.5 »Alene/udelukkende« karakter af en anerkendelse

Både i den oprindelige bestemmelse fra 1942 og i de tre nugældende bestemmelser anføres endvidere, at gaven alene/udelukkende skal have karakter af en anerkendelse af modtagerens fortjenester. Det må modsætningsvis forstås således, at der ikke kan være tale om en hædersgave, hvis den både har karakter af en anerkendelse og eksempelvis er et vederlag.<sup>44</sup> I nyere ad-

<sup>41</sup> Se tillige cirkulære nr. 1 af 5. januar 1943.

<sup>42</sup> Jf. SKM2007.750.ØLR. Dommen er omtalt i afsnit 3.3.1.2.

<sup>43</sup> Jf. bemærkningerne til lov nr. 1101 af 29. december 1997 (L 83 1997/98) samt fra praksis f.eks. TfS 1987, 368 LSR (En skatteyder havde modtaget HK-prisen for en særlig indsats inden for HK). Landsskatteretten fandt ikke, at prisen var omfattet af § 2, nr. 16 i lov om særlig indkomstskat (nu § 70, stk. 1, nr. 1), bl.a. fordi HK-foreningen var politisk orienteret), TfS 1986, 27 (En bryggeriarbejders modtagelse af et beløb af midler indsamlet til dækning af bod efter arbejdsnedlæggelse), LSRM 1967, 109 (Legat modtaget af en journalist, som anerkendelse for hans arbejdsindsats, blev ikke anset for en hædersgave, idet den snarere havde karakter af en arbejdspræstation med politisk islæt), LSRM 1952, 155 (En arbejdsmand, der havde modtaget et beløb af midler indsamlet i en sympatiserende kreds til fordel for arbejdere, der havde nedlagt arbejdet på en fabrik, fik ikke anset beløbet for omfattet af skattefritagelsesbestemmelsen), LSRM 1952, 45 (En indsamlingsgave til en i 1932 valgt næstformand i en landbrugsorganisation, og som blev overrakt i 1948 i umiddelbar tilknytning til modtagerens løsladelse fra fængslet efter en dom for landsskadelig virksomhed, blev ikke anset for omfattet af bestemmelsen om skattefrihed).

<sup>44</sup> Jf. f.eks. TfS 1984, 62 LSR (En landbrugstekniker havde fået tildelt et legat, der ikke udelukkende havde karakter af en anerkendelse af hans fortjenester, men også var givet af hensyn til hans økonomiske trang), og LSRM 1975, 21 (En komponist var blevet honoreret af Statens Kunstfond for en koncert. Ved tildelingen skulle fonden imidlertid også tage hensyn

ministrativ praksis har der imidlertid været flere tilfælde, hvor man har anerkendt, at der kan være tale om en hædersgave, der er omfattet af ligningslovens § 7, nr. 1, selvom indsamlingen dels er foretaget for at hædre den pågældende modtagers anerkendelsesværdige indsats og dels for at afhjælpe økonomiske vanskeligheder.

TfS 1997, 397 LSR omhandlede en skatteyder, der som foregangsmand inden for biodynamisk landbrug, gennem en årrække havde drevet en landbrugsejendom, hvor der blev anvendt specielle produktionsmetoder for at fremme den almindelige folkesundhed og for at tage hensyn til miljøet. Disse produktionsmetoder havde specielt haft betydning for eksempelvis allergikere, der ikke kunne tåle almindeligt behandlet økologisk og ikke-økologisk mælk, men kun kunne tåle de råmælksprodukter, som han producerede på eget gårdmejeri. I september 1988 kom skatteyderens søn alvorligt til skade ved et trafikuheld, der medførte, at sønnen fik et meget betydeligt handicap. Skatteyderen havde endvidere i længere tid haft økonomiske vanskeligheder, der navnlig skyldtes en række sager, der var anlagt af de offentlige myndigheder vedrørende hans produktion. Herefter henvendte skatteyderens støtteforening sig til en advokat, der forestod en indsamling til skatteyderen. Indsamlingen blev organiseret som en bred offentlig indsamling til fordel for skatteyderen begrundet dels i den brede offentlige opbakning og anerkendelse, som skatteyderen havde opnået, og dels ved henvisning til skatteyderens økonomiske trang, herunder i forbindelse med, at familien var blevet hårdt ramt som følge af sønnens trafikuheld. Det lokale skatteankenævn havde ikke været afvisende overfor, at der i gaven var elementer, som tangerede en hædersgave og anerkendelse af modtagers fortjenester, men der fandtes i overvejende grad at være tale om egentlig transsmotiveret understøttelse. Landsskatte retten fandt derimod, at gaven var omfattet af ligningslovens § 7, litra a. Der var tale om en gave indsamlet ved en offentlig indsamling, og gaven, som var givet som en økonomisk støtte til skatteyderen, var efter det oplyste udtryk for nærsamfundets anerkendelse af klagers særlige indsats inden for sit felt, hvorimod den ikke præsenterede nogen form for vederlag for en arbejds- eller bistandspræstation.

SKM2006.503.SR/TfS 2006, 863 SR omhandlede en skatteyder, der havde solgt en ejendom, som efterfølgende viste sig at være forurennet, hvorfor han var blevet dømt til at betale en erstatning på 800.000 kr. til køberen af ejendommen på trods af, at han intet kendskab havde til forureningen. Dommen fik skatteyderen til at arbejde for en ændret lovgivning på området for at mindske den økonomiske byrde for nuværende og tidligere ejere af forurenede ejendomme. Skatteyderens sag var medvirkende til, at ny lovgivning blev gennemført. Der var i den forbindelse foretaget en landsindsamling af en pensionist til fordel for skatteyderen. SKAT indstillede til Skatterådet, at det ikke var tilstrækkeligt dokumenteret, at indsamlingen alene havde karakter af en anerkendelse af hans fortjenester, idet formålet med indsamlingen ikke udelukkende havde været for at hædre modtageren, men også at afbøde de økonomiske vanskeligheder, som dommen om erstatning havde bragt ham i. Ligeledes fandt SKAT ikke, at den pågældende situation kunne anses for en katastrofe omfattet af ligningslovens § 7, nr. 1. Skatterådet fandt derimod efter en konkret

---

til modtagerens økonomiske forhold, hvorfor landskatteretten ikke fandt, at den modtagne ydelse udelukkende var ydet som en anerkendelse af hans fortjenester).



vurdering, at den indsamlede gave måtte anses som en anerkendelse af modtagerens fortjenester og dermed skattefri efter ligningslovens § 7, nr. 1.

SKM2008.382.SR/TfS 2008, 803 SR omhandlede en forening, der ønskede at foretage en indsamling for at hædre modtageren for dennes utrættelige indsats for at ændre praksis i udvisningssager. Foreningen ønskede at foretage en indsamling blandt 4000 medlemmer og borgere i lokalområdet. Indsamlingen skulle være en hædersgave, der skulle anerkende et medlems indsats i forbindelse med dennes arbejde for at sikre opholdstilladelse i Danmark til sin datter, der var (uretsmæssigt) udvist af Danmark og ligeledes medlem af denne forening. Modtageren havde haft store udgifter til advokatbistand i de år, sagen verserede, ligesom det havde tæret på familielivet, at datteren stod til udvisning. Modtagerens kamp for at beholde sin datter i Danmark medførte, at udlændingetjenesten ændrede sin praksis. Efter SKAT's opfattelse ansås den påtænkte indsamling efter en konkret vurdering for at være foretaget for at anerkende modtagerens indsats i arbejdet med reglerne for opholdstilladelse i Danmark. Skatterådet tiltrådte indstillingen, hvorefter gaven var skattefri efter ligningslovens § 7, nr. 1.

I alle tre afgørelser blev indsamlingssagerne anset for omfattet af ligningslovens § 7, nr. 1, selvom indsamlingen i alle tre tilfælde ikke alene var en anerkendelse af modtagerens fortjenester. Der er således igen anlagt en udvidende fortolkning af hædersgavebegrebet i ligningslovens § 7, nr. 1. Baggrunden herfor er antagelig, at det i alle tre tilfælde, for de fleste ville have virket urimeligt ud fra et alment hensyn, hvis de pågældende skulle beskattes af de modtagne indsamlingssager, som udover anerkendelsen af deres indsats, også indbefatter et forsøg på at afbøde de økonomiske vanskeligheder, som de pågældende enten uden egen skyld er havnet i som f.eks. i TfS 1997, 397 LSR og SKM2006.503.SR eller i hvert fald har været nødsaget til at kæmpe for, uanset de økonomiske konsekvenser, som det ses i SKM2008.82.SR.<sup>45</sup>

### 3.2.3 »Engangsbeløb«

En anden generel betingelse er, at gaven kun må være et *engangsbeløb*.<sup>46</sup> Går gavetilsagnet ud på en ydelse af en række løbende årlige understøttelser, omfattes forholdet ikke af bestemmelsen. Beløb, der ydes over en år-

<sup>45</sup> Se tillige SKM2007.750.ØLR om den professionelle fodboldspiller, der som en anerkendelse havde modtaget overskuddet fra en testimonialkamp, som han selv havde deltaget i, hvor det kan diskuteres, hvorvidt der også indgår et element af en arbejdspræstation, således at gaven ikke udelukkende er modtaget som en anerkendelse. Dommen er omtalt i afsnit 3.3.2.2.

<sup>46</sup> I ligningslovens § 7, nr. 1 anvendes formuleringen »at gaven er oppebåret én gang for alle«, hvilket må betyde det samme som et engangsbeløb.

række, beskattes som almindelig indkomst.<sup>47</sup> Det afgørende er ikke, hvorvidt beløbene tildeles for et år ad gangen, men hvorvidt der rent faktisk opbæres sådanne beløb i en årrække. Modtages et legat mv. således flere gange fra samme legat som en anerkendelse af samme fortjeneste, er det kun den første legattildeling, der er omfattet af skattefritagelsen/den lempeligere beskatning. De efterfølgende beløb vil være almindelige indkomstskattepligtige.<sup>48</sup> I UfR 1980, 625 VLD var det afgørende, at legatet var ydet for samme præstation to gange. Legater der modtages for to forskellige anerkendelsesværdige præstationer, må derimod begge være omfattet af skattefritagelsen/den lempeligere beskatning.<sup>49</sup> Modtages der legater fra flere forskellige fonde mv., som en anerkendelse for den samme præstation, må det antages, at alle de modtagne legater mv. er omfattet af skattefritagelsen/den lempeligere beskatning, idet det afgørende må være, at hver legatyder kun udbetaler et engangsbeløb for den anerkendelsesværdige præstation.

Der kan ikke stilles krav om, at udformningen af et legats fundats udelukker, at legaterne kan tildeles samme person flere gange.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Jf. cirkulære nr. 72 af 17. 4. 1996 pkt. 2.1.1. Fra administrativ praksis f.eks. LSRM 1959, 25 (En kunstmaler havde modtaget et legatbeløb gennem en årrække), LSRM 1959, 24 (En sognepræst havde modtaget en indsamlingsgave gennem flere år), LSRM 1953, 156 (En skatteyder havde fået tildelt en legatbolig som påskønnelse for sit arbejde for en faglig ungdomsorganisation. Ydelsen blev ikke anset som en skattefri hædersgave, idet der var tale om en løbende årlig ydelse), LSRM 1950, 37 (En gave for en indsats for at fremskaffe naturgas var ikke omfattet af bestemmelsen, idet beløbet var tillagt ham over en længere årrække.)

<sup>48</sup> Jf. UfR 1980, 625 VLD der omhandlede en forfatter, der havde modtaget en legatportion fra samme legat to år i træk. Legatbeløbene var i begge år ydet som en anerkendelse for hendes indsats for ordblinde, herunder hendes arbejde gennem en årrække med et kartotek over bøger, der var særligt velegnede for læsehæmmede. Legatbeløbene var ikke ydet i anledning af et enkelt værk og var ydet uden betingelser. Ligesom legaterne var tildelt uden ansøgning og alene med symbolske beløb. Sagsøgeren havde til støtte for sin påstand fremført, at legatet var ydet én gang for alle, idet legatbestyrelsen ikke ved tildelingen i 1973 forpligtede sig til at tildele sagsøgeren noget legat i 1974 og ej heller tog stilling til, hvem legatet skulle tildeles i 1974, og idet den omstændighed, at legatet er tildelt sagsøgeren i to på hinanden følgende år ikke i sig selv kan medføre, at legatet ikke kan anses ydet én gang for alle. Landsretten fandt dog med dissens, at det af sagsøgeren modtagne legat, som var ydet hende for samme indsats som den, for hvilken hun i 1973 havde modtaget et legat, i hvert fald under disse omstændigheder fandtes det i 1974 tildelte beløb ikke at kunne anses for ydet sagsøgeren en gang for alle og dermed omfattet af § 2, nr. 16 i lov om særlig indkomst (nu ligningslovens § 70, stk. 1, nr. 1).

<sup>49</sup> Se tillige Eigil Lego Andersen, Gavebegrebet, 1988, Gads Forlag, s. 580.

<sup>50</sup> Jf. LSRM 1981, 166 LSR.

### 3.3 De specielle betingelser

#### 3.3.1 Skattefrie hædersgaver mv. fra indsamlede bidrag

##### 3.3.1.1 Indsamlingsgaver ydet i særlige nødsituationer

Ud over de gaver der har karakter af en anerkendelse, som omtalt ovenfor i afsnit 3.2.1, omfatter ligningslovens § 7, nr. 1, efter der er foretaget en kodifikation af praksis i 2002 og 2003, også indsamlingsgaver, der er *ydet i særlige nødsituationer*. De situationer, der positivt nævnes i bestemmelsen, er i anledning af modtagerens alvorlige sygdom eller tilskadekomst og tilfælde, hvor modtageren har været udsat for en ulykke, forbrydelse eller katastrofe og dennes efterladte.

Efter kodifikationen af praksis har der alene været afsagt en enkelt afgørelse, der omhandler spørgsmålet om skattefrihed for indsamlingsgaver til nødstedte og deres efterladte.<sup>51</sup>

I SKM2008.655.SR/TfS 2008, 1159 SR ønskede en kollega at foretage en indsamling til en tidligere kollegas ægtefælle i anledning af den tidligere kollegas sygdom og pludselige død som følge af en blodprop. Den afdøde var eneforsørger og efterlod sig en hjemmegående hustru uden arbejde og 3 børn, hvor den yngste blev født 2 dage efter hans død. Indsamlingen skulle foretages på arbejdspladsen, som var stor, over dennes intranet og muligvis også blandt venner og bekendte. Skatterådet fandt, at den påtænkte indsamling til fordel for de efterladte måtte være i overensstemmelse med ligningslovens § 7, stk. 1, pkt. 1 og således ikke være skattepligtig for ægtefællen. Ved afgørelsen havde man tillagt det vægt, at blodpropper anses for en kritisk sygdom, jf. bekendtgørelse nr. 1031 af 24.10.2005 til pensionsbeskatningsloven, der omhandler, i hvilke sygdomstilfælde en kapitalpension kan hæves i utide, samt den almene opfattelse af blodpropper som sygdom, og at den i nærværende tilfælde fik en dødelig udgang.

Efter administrativ praksis anses »alvorlig sygdom« således for i hvert fald at omfatte livstruende sygdomme. Det ville vel også være besynderligt, hvis det ikke var tilfældet. I bekendtgørelsen opregnes en række sygdomme, der anses for livstruende, ligesom der er mulighed for – efter ansøgning – at også andre livstruende sygdomme kan være omfattet. Det, der derimod kan være vanskeligt at vurdere, er, hvor omfattende begrebet »alvorlig sygdom« er, men da der er en naturlig grænse for, hvad en bidragsyder vil bidrage til, vil der formentlig i praksis kun blive foretaget indsamlinger til personer med meget alvorlige sygdomme som f.eks. livstruende sygdomme og invaliderende sygdomme. Et grundlæggende element ved disse indsamlingsgaver, der er ydet i nødsituationer som i SKM 2008.655.SR, er også ofte i praksis, at indsamlingerne er foretaget ud fra et ønske om at understøtte den pågældende eller de efterladte økonomisk, eksempelvis ved tab af forsørger, ud-

<sup>51</sup> Se noterne til afsnit 2.3 vedr. hidtidig praksis.

gifter til sygdomsbehandling, store tab som følge af naturkatastrofer mv.<sup>52</sup> Det vil derfor i mange af disse tilfælde virke urimeligt ud fra en almen betragtning, hvis disse indsamlingsgaver, som gives til hårdt trængende mennesker, skulle beskattes.

### 3.3.1.2 Indsamlede bidrag

Skattefritagelsesbestemmelsen i ligningslovens § 7, nr. 1 kræver endvidere, at der skal være tale om en egentlig indsamling. Den omstændighed, at to, tre eller flere personer har slået sig sammen om at yde en gave, er således ikke tilstrækkeligt til, at gaven kan siges at være fremskaffet ved indsamling af bidrag.<sup>53</sup> Indsamlingen skal have været organiseret inden for en større kreds, f.eks. en menighed i et sogn, medlemmerne i en forening, ansatte i en virksomhed eller eventuelt på endnu mere omfattende basis.<sup>54</sup>

I medfør af seneste retspraksis kan overskud fra et arrangement, hvor bidragyderne får en vis modydelse, også anses for en gave, der hidrører fra indsamlede bidrag, og dermed være omfattet af skattefritagelsesbestemmelsen i ligningslovens § 7, nr. 1. Naturligvis under forudsætning af at de øvrige betingelser er opfyldt.

I SKM2007.750.ØLR/TfS 2008, 103 Ø havde en professionel fodboldspiller modtaget et beløb på 1.124.449 kr., som var overskuddet fra en såkaldt »testimonialkamp«, der var blevet afholdt til ære for ham i anledning af, at han afsluttede sin karriere. Han havde, siden han var 12 år, spillet 800 kampe for klubben. Testimonialkampen blev spillet mellem tidligere og nuværende OB-spillere mod en række af tidligere og nuværende landsholdsspillere. Ærspersonen deltog selv i en del af kampen og optrådte i dagspressen i forbindelse med afholdelse af kampen. I det aktuelle år havde han haft lønindtægter fra klubben på 865.738 kr.

Skatteministeriet havde til støtte for deres påstand anført, at der ikke var tale om en egentlig indsamling, idet bidragyderne havde modtaget en modydelse, der i det væsentlige svarede til betaling i form af adgang til kampen. Ligesom indtægter fra reklame, salg fra boder mv. ikke kunne betragtes som gavebidrag. Skatteministeriet var endvidere af den opfattelse, at der i indsamlingsbegrebet ligger et krav om, at det indsamlede beløb ubeskåret skal gives videre til modtageren og ikke efter fradrag af visse udgifter. De væsentlige bidragydere var hans arbejdsgiver, der stillede anlæg, faciliteter og personale til rådighed, samt de fodboldspillere, der uden honorar havde deltaget i kampen. Skatteyderen havde til støtte for sin påstand anført, at ligningslovens § 7, litra a (nu nr. 1) efter ændringen i 2002 ikke skulle fortolkes indskrænkende, men derimod lempeligt, at kravet om, at indsamlingen skulle være foretaget af en større kreds, var opfyldt, at bidragyderne var be-

<sup>52</sup> Jf. f.eks. SKM2001.134.LR, SKM2001.133.LR, TfS 1988, 691 SD og RR 1982, 97 LR – alle omtalt i afsnit 2.3.

<sup>53</sup> Jf. Ligningsvejledningen; Almindelig del 2009-1, A.B.7.3.2. samt cirkulære nr. 72 af 17. april 1996 pkt. 2.1.1. og cirkulære nr. 1 af 5. januar 1943.

<sup>54</sup> Jf. Ligningsvejledningen; Almindelig del 2009-1, A.B.7.3.2.

kendt med, at overskuddet skulle tilfalde ham, at der var tale om et engangsbeløb og endelig, at gaven var tildelt ham som en anerkendelse af hans indsats på fodboldområdet. Østre Landsret fandt hverken, at ordlyden eller forarbejderne til bestemmelsen indeholdt holdepunkter for at anse det som en betingelse for skattefrihed, at bidragyderen af et indsamlet beløb ikke oppebærer en vis modydelse i form af adgang til f.eks. et sportsarrangement. Det samme gjaldt i relation til Skatteministeriets fortolkning af bestemmelsen, hvorefter gavebeløb, der består af indsamlede beløb med fradrag af visse udgifter, ikke skulle kunne omfattes af bestemmelsen. Tilskuerne var oplyst om, at overskuddet fra arrangementet ville tilfalde ærespersonen. Retten fandt endvidere ikke, at arrangementet var sket på skatteyderens initiativ, og da de øvrige betingelser var opfyldt, blev beløbet anset for omfattet af ligningslovens § 7, litra a (nu nr. 1) og dermed skattefrit for modtageren.

Med denne dom er der igen sket en udvidende fortolkning af ligningslovens § 7, stk. 1, nr. 1 derved, at det beløb, som skatteyderen modtog i forbindelse med afslutningen på hans karriere, blev anset for en indsamlingsgave, til trods for at bidragyderne modtog en modydelse, som bestod af en billet til overværelse af en fodboldkamp, hvor ærespersonen også deltog. Det kan dels diskuteres, hvorvidt betalingen for deltagelse i sportsarrangementet er givet i et udslag af gavmildhed fra bidragyderens side, eller blot er for at få mulighed for at se alle de kendte fodboldspillere spille en kamp. Dels kan det diskuteres, hvorvidt indsamlingsgaven *alene* er en anerkendelse af skatteyderens indsats inden for fodboldverden, eller om den også indeholder en arbejdspræstation, idet han selv deltog i kampen.

Med denne dom er der således sket en udvidelse, som måske vil betyde, at det vil blive vanskeligere i praksis at vurdere, hvornår der er tale om en indsamlingsgave kontra en betaling for et arrangement uden gavehensigt, og om det alene er en anerkendelse af modtagerens fortjenester, eller om der også indgår en arbejdspræstation. Efter denne dom kan også andre anerkendelsesværdige personer inden for f.eks. politik, erhvervslivet og videnskabens verden, der som en anerkendelse modtager overskuddet fra diverse arrangementer, f.eks. ved foredrag, som de også selv deltager i, måske blive omfattet af skattefritagelsesbestemmelsen i ligningslovens § 7, stk. 1, nr. 1. Selvfølgelig under forudsætning af at de øvrige betingelser er opfyldt.

Den rene form for anerkendelse af en person må være, når der foretages en indsamling af en større kreds af personer, uden at bidragyderne har nogen forventning om en modydelse.

### *3.3.2 Skattefrie internationale hæderspriser og hædersgaver til kunstnere*

#### *3.3.2.1 Internationale hæderspriser*

For at skattefritagelsesbestemmelsen i ligningslovens § 7, nr. 19 finder anvendelse, er det, udover de generelle betingelser, yderligere en betingelse, at hædersprisen enten er udbetalt i henhold til Nobelprisstifterens Grundstadgar eller er ydet af mellemstatlige organisationer og institutioner, hvori

Danmark deltager eller er medlem, *eller* er ydet til en kunstner af offentlige midler mv. eller fra erhvervsvirksomheder.

For så vidt angår *de internationale priser* omfatter begrebet »mellemsstatslige organisationer og institutioner« alene organisationer og institutioner, hvor medlemssammensætningen/deltagerkredsen udelukkende består af stater. Organisationer og institutioner, hvis medlemssammensætning/deltagerkreds også omfatter private, falder således uden for bestemmelsen. Samtidig er det et krav, at det er en organisation/institution, hvor Danmark deltager eller er medlem, således at denne er anerkendt af den danske regering. De mellemsstatslige organisationer og institutioner, som Danmark er medlem af, er bl.a. Nordisk Råd, EU, OECD, FN og underliggende institutioner under disse, f.eks. UNESCO og FAO. Nordisk Råds Litteratur- og Musikpris er således fortsat skattefri. I eventuelle tvivlstilfælde skal der særligt ses på finansieringen af den uddelende organisation eller institution, motiverne bag uddelingen, samt hvem der har indflydelse på valget af prismodtager.<sup>55</sup>

### 3.3.2.2 Hæderspriser til kunstnere

Hæderspriser, der tildeles kunstnere, skal være ydet enten af offentlige midler, legater, kulturelle fonde og lign. eller af erhvervsvirksomheder her i landet eller i udlandet, jf. ligningslovens § 7, nr. 19, 2. pkt. Til brug ved en nærmere fortolkning heraf kan der hentes støtte i den praksis, der knytter sig til § 70, stk. 1, nr. 1, idet denne bestemmelse også tidligere omfattede kunstnere. Der henvises herom til afsnit 3.3.3.

Betegnelsen »kunstner« omfatter skabende og udøvende kunstnere.<sup>56</sup> Begrebet er ikke yderligere defineret i forarbejderne. Der har derfor i praksis være usikkerhed om, hvilke personer der er omfattet af denne personkreds.

I SKM2004.77.LR/TfS 2004, 222 LR blev nogle journalister, der havde modtaget Cavlingprisen, ikke anset for hørende til den personkreds, der anses som kunstnere i relation til ligningslovens § 7, nr. 19, 2. pkt. Cavlingprisen uddeles som en udmærkelse en gang årligt til en journalist eller en gruppe af journalister i samarbejde, der i særlig grad har udvist initiativ og talent i det forløbne år. Ligningsrådet havde ved afgørelsen henset til, at bestemmelsens samlede sigte var at forbedre vilkårene for kunstnere og gøre det mere attraktivt at investere i kunst.

Derimod blev to arkitekter anset for kunstnere af Landsskatteretten.

SKM2006.759.LSR/TfS 2007, 237. Skatteyderen og B, der begge var arkitekter og drev et fælles firma, havde hver modtaget en hæderspris fra en fond på 200.000 kr. Prisen var tildelt for de smukke og betydningsfulde arbejder, hædersprismodtagernes fælles firma havde lagt navn til. Skatteyderen havde tidligere modtaget en række priser. Skatteanke-

<sup>55</sup> Jf. bemærkningerne til § 1 i L 83 1997/98 – lov nr. 1101 af 29. december 1997.

<sup>56</sup> Jf. bemærkningerne til § 1 i L 83 1997/98 – lov nr. 1101 af 29. december 1997.

nævnet fandt ikke, at skatteyderen kunne anses som en kunstner omfattet af personkredsen i ligningslovens § 7, nr. 19, 2. pkt., idet der blev henvist til bestemmelsens samlede formål. Prisen ansås i stedet for omfattet af ligningslovens § 7O, stk. 1, nr. 1. Skatteyderens repræsentant fremførte under sagen i Landsskatteretten bl.a., at det generelt er anerkendt, at arkitektur kan betragtes som kunst som f.eks. Operahuset i Sydney, at arkitektur betragtes som kunst af Kulturministeriet i forbindelse med udarbejdelsen af kulturkanonen, og at der ikke er noget juridisk grundlag for at udelukke arkitekter generelt fra bestemmelsens anvendelsesområde. Landsskatteretten fandt, at der skulle foretages en konkret vurdering af, hvorvidt prisen var tildelt hende for hendes arbejde som kunstner. Retten fandt, at hun måtte betragtes som kunstner, da hun måtte anses som værende en fremtrædende arkitekt, der har modtaget adskillige priser for bygningsværker frembragt i samarbejde med B. Efter en konkret vurdering fandt retten herefter, at den modtagne pris var en anerkendelse af skatteyderens kunstneriske evner og dermed skattefri i medfør af ligningslovens § 7, nr. 19.

I SKM2004.77.LR havde journalisterne ikke præsteret noget, der kunne karakteriseres som kunst, hvorfor de ikke kunne betegnes som kunstnere. Derimod havde arkitekterne i SKM2006.759.LSR frembragt bygningsværker, der kunne betragtes som kunst. Der skal således i den konkrete situation foretages en vurdering af, om det, den pågældende person har frembragt, kan karakteriseres som kunst, og personen derfor kan betegnes som en kunstner og dermed være omfattet af den personkreds, som ligningslovens § 7, nr. 19, 2. pkt. omfatter.

### 3.3.3 Lempeligere beskattede hædersgaver fra offentlige midler mv.

En særlig betingelse, der er knyttet til den lempeligere beskatning i ligningslovens § 7O, stk. 1, nr. 1, er, at de gave- og legatbeløb, der er ydet, *skal være ydet af offentlige midler, legater, kulturelle fonds og lignende* her i landet eller i udlandet.

Ifølge administrativ praksis er det en betingelse, at den fond eller det legat mv., der uddeler midler, er et selvstændigt retssubjekt.<sup>57</sup> Foreninger kan også være omfattet af bestemmelsen, selvom de ikke direkte er nævnt i lovteksten. Det er dog en betingelse, at foreningen har et almennyttigt formål.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Jf. SKM2003.450.LSR/TfS 2003, 835 LSR hvor en gymnasielektor havde fået tildelt en undervisningspris af et selskab og ikke af en af selskabet stiftet egentlig selvstændig fond. Der havde alene været nedsat en komité, der valgte, hvem der skulle have prisen tildelt. Prisen var derfor ikke omfattet af den lempeligere beskatning i ligningslovens § 7O, stk. 1, nr. 1, men var derimod skattepligtig efter statsskattelovens § 4. Se tillige TfS 1986, 540 LSR.

<sup>58</sup> Jf. Ligningsvejledningen; Almindelig del, 2009-1, A.B.7.4.1. I LSRM 1969, 109 blev en hædersgave fra Landsforeningen til Bekæmpelse af Kredsløbssygdomme, som var tildelt en læge som en anerkendelse for hans indsats, anset for omfattet af den dagældende § 7 i ligningsloven (nu 7O, stk. 1, nr. 1), idet landsforeningens formål klart var almennyttigt, da dens struktur kunne anses for omfattet af bestemmelserne i ligningslovens dagældende § 7, og da

I SKM2003.448.LSR/TfS 2003, 828 LSR modtog en skatteyder en pris på 50.000 kr. fra Den Almindelige Danske Lægeforening for en besvarelse af en prisopgave. Prisen blev ikke anset for omfattet af den lempeligere beskatning i ligningslovens § 70, dels fordi man ikke fandt, at det var godtgjort, at prisen var uddelt af en forening med et almenvelgørende formål, og dels fordi prisopgaver ikke er omfattet af bestemmelsen.

Det i administrativ praksis fastsatte krav om, at foreninger skal have et almennyttigt formål, for at hædersgaven kan være omfattet af § 70, stk. 1, nr. 1, er således fortsat gældende på trods af, at bestemmelsen – hvilket landskatteretten også kom frem til i TfS 1984, 29 – ikke indeholder noget krav herom vedrørende fonde.<sup>59</sup> Selvom foreninger ikke direkte er nævnt i bestemmelsen, kan der vel næppe stilles større krav, fordi udbetalingen sker fra en forening frem for en fond.

Det er ikke et krav, at gave- eller legatbeløb er ydet af en offentlig godkendt eller kontrolleret fond,<sup>60</sup> ligesom der ikke er krav om, at legater, kulturelle fonds o. lign. skal stamme fra offentlige midler.<sup>61</sup>

#### 4. Afsluttende bemærkninger

Lovgivningsmæssigt har den skattemæssige behandling af hædersgaver bevæget sig fra, at alle hædersgaver var skattepligtige, til at de ofte var skattefrie og derefter til, at det kun var indsamlingsgaver og enkelte internationale hædersgaver, der var helt skattefrie, mens de øvrige hædersgaver kun var delvis skattefrie. I de senere år er der igen sket en betydelig udvidelse af, hvilke hæderspriser og hvilken personkreds der er omfattet af de helt skattefrie hædersgaver. Visse internationale priser og hædersgaver til kunstnere fra offentlige midler og erhvervsvirksomheder er nu omfattet af det skatteretlige hædersgavebegreb. Men der har i praksis været usikkerhed om, hvilken personkreds der er omfattet af begrebet »kunstner«. Som følge af at lig-

---

gaven i øvrigt opfyldte de i nævnte lovbestemmelse indeholdte betingelser for indkomstskattefrihed, var skatteyderen ikke indkomstskattepligtig af gavebeløbet.

<sup>59</sup> I TfS 1984, 29 LSR havde en skatteyder modtaget en hædersgave fra Fællesbankens Fond for sin særlige indsats inden for sparekassebevægelsen mv. i mere end 30 år. Skatterådet havde ikke anset hædersgaven for omfattet af § 2, nr. 16 i lov om særlig indkomstskat, idet de havde henvist til, at den nævnte fonds formål ikke kunne betegnes som klart almennyttigt. Landskatteretten fandt derimod ikke, at § 2, nr. 16 (nu ligningslovens § 70, stk. 1, nr. 1) indeholdt en betingelse om, at den udbetalende fond skulle have et almennyttigt formål, hvorfor hædersgaven blev anset for omfattet af den lempeligere beskatning.

<sup>60</sup> Jf. UfR 1957, 627 Ø, hvor en fond, hvis formål var støtte til teknisk forskning mv. inden for brødindevirksomheden, efter rettens opfattelse måtte sidestilles med de i bestemmelsen nævnte kulturelle fonde, da der ikke var holdepunkter for at begrænse bestemmelsen til alene at angå ydelser fra offentlig godkendte eller kontrollerede fonde.

<sup>61</sup> Jf. LSRM 1980, 55 LSR.



ningslovens § 7, stk. 1, nr. 1 i praksis har været fortolket udvidende, er der også sket en kodifikation af praksis. Eksempelvis er indsamlingsgaver til alvorligt syge personer nu inkorporeret i ligningslovens § 7, nr. 1.

For så vidt angår indsamlingsgaverne, foretages der fortsat en udvidende fortolkning af bestemmelsen i praksis. Indsamlingsgaver, hvor der også finder en modydelse sted bl.a. fra modtagerens side, anerkendes nu i retspraksis som værende skattefrie hædersgaver, jf. ligningslovens § 7, nr. 1.

Indsamlingsgaver har også i flere tilfælde i de senere år været anerkendt som skattefrie hædersgaver, uanset at de ikke alene har været givet som en anerkendelse af modtagerens fortjenester, men også har været foranlediget af modtagernes økonomiske vanskeligheder. Betingelsen om, at gaven udelukkende skal være et udtryk for en anerkendelse af modtagerens fortjenester, synes således fortsat ikke at vægte så tungt i praksis vedrørende de skattefrie indsamlingsgaver. Baggrunden herfor er formentlig, at der ved indsamlingsgaver er en naturlig grænse for, hvor vidtgående folks gavmildhed vil være i den aktuelle situation. Eksempelvis vil folks gavmildhed formentlig være begrænset, hvis den pågældende sygdomsramte person eller de efterladte er formuende, eller der i forbindelse med ulykken, sygdommen, naturkatastrofen og lignende udbetales store forsikringsbeløb, eller befolkningen i almindelighed ikke opfatter den aktuelle nødsituation så truende, at det er nødvendigt at bidrage hertil.

Bestemmelserne har i mange år givet anledning til en omfangsrig praksis, og de senere års udvikling i lovgivningen og i praksis giver også fortsat anledning til vanskeligheder i praksis, særligt for så vidt angår indsamlingsgaverne. På trods heraf kan det være hensigtsmæssigt, at undtagelsesbestemmelserne kan rumme en vis samfundsudvikling. Hædersgavebegrebet kan løbende udvikles i praksis i takt med samfundsudviklingen, som det eksempelvis er sket med anerkendelsesbetingelsen, hvor for eksempel også indsamlingsgaver til personer, der har ydet en anerkendelsesværdig indsats for at ændre en u hensigtsmæssig lovgivning/praksis, nu også anses for omfattet af det skatteretlige hædersgavebegreb. Ligningslovens § 7, nr. 1 vedrørende indsamlingsgaver kan og vil formentlig også fremover – som hidtil – blive anvendt til at skattefritage indsamlingsgaver i andre specielle situationer, som ikke på nuværende tidspunkt er nævnt direkte i bestemmelsen, men som ud fra det til en hver tid herskende almene samfundssyn alligevel vil blive anerkendt som en gave omfattet af ligningslovens § 7, nr. 1.

Grænsen for hvilke personer og typer af hædersgaver, der i fremtiden skal være skattefrie, er et politisk spørgsmål og vil formentlig fortsat være løbende til debat.

# Dannelsen af retlige assistanceprojekter til Østeuropa:

USA og EU og to forskellige retlige og statslige eksportstrategier

af

*Ole Hammerslev*

I dag eksisterer der et globalt marked for retlige assistanceprojekter, hvor bl.a. vestlige jurister, regeringer, konsulentbureauer, advokatfirmaer, ngo'er, organisationer og filantropiske fonde har opbygget effektive eksportprogrammer for den globale ekspansion af retsstat, ret og uafhængige domstole. Den globale udvidelse strækker sig fra Østeuropa, Mellemøsten, Euroasien, Sydøstasien, Kina, Latinamerika til Afrika. Baggrunden for denne ekspansion af særlig amerikanske *rule of law*-programmer skal findes i udviklingen af de projekter, der opstod i kølvandet på den kolde krigs afslutning, og som var designet til at assistere de østeuropæiske lande i transformationen mod vestlige former for demokratier og markedsøkonomier. Denne artikel undersøger baggrunden for USA's og EU's væsentligste retlige eksportprogrammer. Artiklens overordnede spørgsmål er: Hvordan er USA's og EU's retlige eksportprogrammer opstået, og hvilken betydning har programmernes genese for måden, de fungerer på?

Artiklen illustrerer, hvordan et stort antal amerikanske jurister flokkedes til feltet på frivillig basis med etableringen af amerikanske programmer for retlig assistance til Østeuropa. De amerikanske advokater var hastige til at rykke ind på den internationale arena ved at bruge retsstatstanken til at åbne markeder og etablere institutioner, som fandtes nødvendige for at udvikle og opretholde markederne. Ved at trække på deres retlige prestige og sociale netværk formåede de at mobilisere økonomiske og sociale ressourcer til at skabe programmer for at eksportere ret og retlige institutioner til Østeuropa, med hvilke de kunne sætte specifikke politiske og retlige agendaer igennem i de østeuropæiske lande. Ydermere formåede de at skabe spillereglerne for individer, institutioner og regeringer, som kom ind i feltet senere. EU, som blev den anden store institutionelle spiller i feltet, kom først til, da de første regler allerede var etableret. Herved reagerede de på den stigende dominans af amerikanske jurister.

Det var ikke kun lovgivning, disse reformprogrammer forsøgte at ændre. I fokus var også – og mere vigtigt – produktionen af og forestillingerne om lovgivningen og retlige institutioner. Reformprogrammerne omhandlede således både institutionelle arrangementer og de østeuropæiske agents mentale udsyn for, hvordan indretningen af bl.a. staten og retten skulle organiseres samt agenternes juridiske praksisformer i et kommende uddifferentieret og relativt autonomt juridisk felt. Historien illustrerer således også, hvordan retten blev en legitim måde at transformere praksisser i og omkring staten og på markedet.

### 1. Analyseniveauer: Sammenhængen mellem individet og det internationale

Artiklen tager sit analytiske udgangspunkt i de deltagende agents livsbaner og ressourcer (forstået i termens bredeste forstand). På et plan fokuserer den på, hvordan individer forfulgte deres egne karrierer i opfindelsen og eksporten af retlige programmer og kriterier ifølge *rule of law*-agendaen. På et andet plan søger den at gå bag den traditionelle historie om disse individuelle skabere ved at understrege omgivelserne, hvori de bevægede sig. Ved at fokusere på enkelte individer og institutioners biografier forsøger artiklen at skrive en »kollektiv biografi« over, hvordan de globale retlige eksportprogrammer opstod. Individene, der er involveret i produktionen, eksporten og importen af retlige, politiske og statslige programmer, diskurser og ideer, bliver herved selve linket mellem det nationale og internationale.

Artiklen fokuserer også på konstruktionen af Europa og illustrerer, hvordan det er muligt at undersøge felter, hvor Europa spiller en rolle. EU eksisterer ikke som en sammenhængende enhed, men må betragtes ud fra en feltoptik, dvs. ud fra EU-aktørernes forskellige relationer og de sammenhænge, de indgår i. Nationale agenter benytter EU til at promovere nationale dagsordener, og disse kampe er det fundamentalt at komme bagom for at undersøge de skjulte strukturer, som strukturerer Europa.<sup>1</sup> Artiklen omhandler således EU-udvidelsen mod Østeuropa ved at fokusere på de generative mekanismer bag de juridiske kriterier, som de nye medlemsstater skulle møde for at blive optaget i EU. Artiklens underliggende syn er, at EU-kræfter ikke var de eneste, som tog del i udvidelsesprocessen. Amerikanske advokater samt filantropiske fonde og andre institutioner tog del i det, som senere blev kendt som EU-udvidelsen.<sup>2</sup>

Den vestlige produktion af retlige diskurser og retlige assistanceprogrammer udviklede sig dog ikke uden en »modtagerside«, en side hvor lokale agenter benyttede internationale strategier som våben i deres nationale kampe. Denne gensidige proces udgør et andet niveau i fortællingen. Ved at

<sup>1</sup> Hammerslev 2008: 145-162.

<sup>2</sup> For metodologiske refleksioner, se Hammerslev *Forthcoming*.

undersøge importen af retlige programmer og transnational kapital fokuserer artiklen særligt på udviklingen i det bulgarske retlige felt. Den bulgarske case kan betragtes som en »dobbelt test case« for det største og vigtigste amerikanske retlige program i Østeuropa.<sup>3</sup>

Ydermere spillede Bulgarien en vigtig rolle for *The National Endowment for Democracy* (NED),<sup>4</sup> da de udviklede deres regionale programmer, hvori agenter bag bulgarske tænketanke blev trænet og finansieret af amerikanske fonde, og blev udset til at facilitere fremkomsten af andre tænketanke i regionen.<sup>5</sup>

## 2. Amerikanske programmer

### 2.1 (Gen-)skabelsen af amerikansk retlig eksport: Dannelsen af en dominerende position

I USA var skabelsen af retlig assistance efter den kolde krigs afslutning i høj grad resultatet af et privat initiativ taget af amerikanske erhvervsadvokater, som brugte *American Bar Association* (ABA) som platform for deres initiativ.<sup>6</sup> To bekendte, Sandy D'Alemberte og Homer Moyer, grundlagde *Central and East European Law Initiative* (CEELI) for at yde retlig assistance til Østeuropa. Med deres positioner som henholdsvis præsident for ABA og chef for den internationale afdeling i ABA investerede de i det,

<sup>3</sup> Se også Hammerslev 2006a; Hammerslev 2007: 135-155, som fokuserer på transformationen af det dømmende felt i Bulgarien og på, hvordan retten blev benyttet i Bulgarien til at fravriste dominerende personer, som havde været tæt tilknyttet lederskabet i det Kommunistiske Parti, deres dominerende positioner.

<sup>4</sup> NED er en institution, som blev oprettet af tidligere præsident Ronald Reagan for at promovere demokrati globalt, hvilket ifølge den tidligere CIA-agent Philip Agee betød »support democratic institutions throughout the world through private, non-governmental efforts but in actual fact, when they say the promotion of democracy, or civic education, or fortifying civil society, what they really mean is using those euphemisms to cover funding to certain political forces and not to others. In other words, to fortify the opposition of undesirable foreign governments ... or to support a government that is favorable to US interests and avoid of coming to power of forces that are not seen as favorable to US interests« (Bernstein 2005). En af personerne bag NED, Allen Weinstein, sagde i 1991: »A lot of what we [NED] do today was done covertly 25 years ago by the CIA« (Blum 2001, p. 180; se også Carothers 2004) (jf. om NED's historie i Guilhot (2005)).

<sup>5</sup> Internt NED-memo udleveret til denne artikels forfatter ved interviews med personer i NED, Washington DC, 10. februar 2006.

<sup>6</sup> Også 1950ernes og 1960ernes »law and development«-bevægelse, som blev båret frem af idealistiske og entreprenante amerikanske advokater, der forsøgte at få retten på dagsordenen, blev fremført af lederne af ABA, ledende universiteters jurauddannelser, de amerikanske domstole og den amerikanske regerings administration. Disse promotorer af retlige reformer blev støttet af filantropiske fonde og af den amerikanske regerings udviklingsprogrammer (Gardner 1980; Trubek & Galanter 1974).

som inden for 15 år skulle blive et af de største retlige assistanceprogrammer i verden. Det blev en af de mest prestigefyldte afdelinger inden for ABA og er blevet karakteriseret som »the worthiest pro bono project that American lawyers have ever undertaken« af Janet Reno, tidligere *US Attorney General*. CEELI blev etableret i 1990.<sup>7</sup>

For at vise forskellene mellem aktørenes livsbaner og for at vise, hvilke ressourcer som benyttedes i konstruktionen af feltet, er det relevant at se på aktørenes biografier. Moyer er en erhvervsadvokat, som arbejder i den internationale afdeling i Washington-advokatfirmaet Miller & Chevalier, som er specialiseret i »tax, litigation and international disputes«. Advokatfirmaet ansatte Moyer for at etablere en international afdeling i firmaet. Inden da havde han arbejdet i *US Commercial Department*, hvor han arbejdede med internationale sager. Med CEELIs udvikling steg antallet af internationale klienter for Miller & Chevalier støt. Dette afspejlede sig i antallet af advokater, som arbejdede i den internationale afdeling. Moyer var uddannet på Yale Law School og han har taget del i en af de største WTO-handelssager.

D'Alemberte er advokat i firmaet *Hunton and Williams*. Tidligt i sin karriere var han aktiv i politik, hvor han var tilknyttet en progressiv gruppe af prominente South Florida Democrats, som forsøgte at få indflydelse på statspolitikken i slutningen af 1960'erne. Gruppen inkluderede bl.a. venner som Janet Reno og den tidligere guvernør Lawton Chiles. D'Alemberte blev uddannet på Florida Universitet og blev siden *Dean at the College of Law* ved *Florida State University* og blev senere *President of Florida State University*.

Ved at bruge deres kollektive sociale og juridiske kapital grundlagde de CEELI. Den første direktør, Mark Ellis, var specialiseret i erhvervsret og var en af D'Alembertes tidligere studenter. De nedsatte en bestyrelse bestående af »some of the brightest legal minds in the country«, som en af hovedpersonerne bag CEELI fortalte i et interview,<sup>8</sup> personer som kendte Moyer og/eller D'Alemberte, som var kendt i offentligheden og var i besiddelse af signifikant kulturel og social kapital.<sup>9</sup>

Det var med andre ord særdeles ressourcestærke agenter, der konstruerede disse programmer, som blev legitimeret som idealistiske foretagender. Mulighedsbetingelserne for skabelsen af programmerne findes i det amerikanske nationale felt, hvor det var legitimt for agenterne at zigzagge karriere-mæssigt mellem private advokatfirmaer og Washington-administrationen og mellem erhvervsret og idealistiske projekter.

<sup>7</sup> Amerikanske advokater stiller ofte deres hjælp til rådighed på frivillig basis som en form for offentlig service. De såkaldte »pro bono«-programmer skaber prestige og giver legitimitet til advokaterne, og ikke mindst til erhvervsadvokater. Se fx Galanter (1991).

<sup>8</sup> Interview, London, 12. oktober 2005.

<sup>9</sup> Se Hammerslev 2006b.

## 2.2 At få retten på dagsordenen

Ved at benytte sig af denne form for social kapital formåede D'Alemberte og Moyer at grundlægge programmet og formåede at få økonomiske ressourcer fra den amerikanske regering og det på trods af, at der fandtes modstand i den amerikanske administration. Men regeringen blev overbevist af personerne bag CEELI. Som en af de førende embedsmænd i US State Department, der blev valgt af *Deputy Secretary of State* Lawrence Eagleburger til at have ansvaret for assistancen til Østeuropa, fortalte i et interview, var synspunktet, at »they are lawyers, they can pay off their own. But lawyers are an effective lobbying group and they lobbied us very hard, and eventually the combination of their lobbying efforts and the fact that something needed to be done in that area convinced us.«<sup>10</sup>

Indtil da havde den amerikanske regering primært fokuseret på at svække de stærke politiske bureaukratier i Østeuropa for at erstatte de tidligere kommunister fra magtfeltet med mere reformvenlige kræfter. Personer fra den amerikanske administration, regering, domstole, tænketanke etc. trænede oppositionen og hjalp til med at skabe et civilsamfund, hvilket i en amerikansk optik betød nærværet af regionale østeuropæiske ngo'er og tænketanke. Begge former for institutioner kunne producere diskurser om nødvendige reformer, om problemer, som nødvendigvis skulle løses, og som kunne uddanne andre reformvenlige kræfter. Ydermere fokuserede den amerikanske regering på privatisering og opbygning af en vestlig form for markedsøkonomi med åbne markeder byggende på *the rule of law*. En af personerne, som blev ansat til at skabe og administrere regeringsprogrammerne for *US State Department*, var den tidligere ambassadør i Bulgarien, Robert Barry. I 1992 udtalte han: »We do not have government-to-government agreements ... Our task is to promote the growth of the private sector rather than to encourage the growth of new bureaucracies.«<sup>11</sup> Den amerikanske regering havde ikke umiddelbart fokus på retlige programmer og den havde ikke nogen umiddelbar strategi for disse. Som regeringen fokuserede NED og dets institutioner, som alle var nøgleinstitutioner i bestræbelserne på at træne oppositionsgrupper til at tage kampen op med de tidligere kommunister, ikke stærkt på *rule of law*-programmer selvom det var »onde of the underpinnings of what we did ... We worked on rules regarding democratic elections, representation etc. We tried to change the democratic rules«, som en tidligere ansat i en af NEDs institutioner fortalte i et interview.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Interview, Washington DC, 11. februar 2006.

<sup>11</sup> Citeret fra Wedel (2001), p. 53.

<sup>12</sup> Interview, Washington DC, 14. februar 2006.

I Bulgarien formåede NED at relatere sig til og uddanne en gruppe yngre jurister, hvoraf nogle senere blev premierministre og præsidenter i landet, og som blev nogle af hovedpromotorerne af retlige reformer. Da CEELI påbegyndte arbejdet i Bulgarien, samarbejdede de NED-uddannede jurister i høj grad med CEELIs repræsentanter i landet for at bestemme udviklingen i prioriteterne og fokusområderne for kriterierne bag *rule of law* og uafhængige domstole. Den første ikke socialistiske premierminister i Bulgarien, Philip Dimitrov, er et eksempel på en sådan aktør. Dimitrov tog, som han fortalte i et interview med artiklens forfatter, »all good persons« ind omkring sin regering.<sup>13</sup> Eller med andre ord, han forsøgte at skabe samarbejder med personer, som var kvalificerede og ikke havde tilknytning til de ældre kommunister. En er disse er Nelly Koutzkova, som blev en nøglefigur i den senere udvikling af *rule of law*-agendaen, og som var meget tæt forbundet til CEELI. Hun blev en form for mentor og inspirationskilde for yngre reformkræfter. En anden var Justitsministeren i Dimitrov-regeringen, Svetoslav Louchnikov, som var professor i privatret, før kommunisterne overtog magten. Andre ledere i det juridiske miljø trænet af NED var Alexander Djerov, som kom fra en ældre prestigefyldt juristfamilie.<sup>14</sup>

CEELI formåede at få finansiering fra den amerikanske regering via NED. Udviklingen af retlige programmer var således outsourced til personerne bag de retlige programmer i CEELI. Det viste sig, at »CEELI was a cheap and very effective way of promoting legal reforms« på grund af opbygningen af advokatsektoren med dens *pro bono*-programmer i USA. »Our people working on the ground did not get any salaries ... so it was good value for the money.« Finansieringen »provided us with the chance to experiment with CEELI«, som en af personerne bag CEELI fortalte i et interview. »It was clear that the approach we were taking was *pro bono* assistance, because we thought we could attract lawyers to participate, and they did – they came out in great numbers.«<sup>15</sup>

Siden etableringen af projektet har mere end 5000 frivillige, forstået på den måde at de alene fik flybillet og et symbolsk beløb udbetalt, deltaget i projektet. I begyndelsen havde CEELI kun to ansatte, direktøren Mark Ellis og en sekretær. Deres årlige budget var på ca. 400.000 US-dollars. I 2003 var det årlige budget steget til ca. 20 millioner dollars. Primo 2006 havde CEELI ca. 30 kontorer i Østeuropa og i Centralasien og havde mere end 35 udsendte og juridiske specialister, som arbejdede rundt om i verden på deres kontorer. CEELI har været rådgivere ved implementeringen af mere end 465 love og forfatninger, og der er ca. 40 ansatte i hovedkontoret i Washington DC.<sup>16</sup>

De amerikanske personer med positioner i feltet har dog forskellig baggrund og en uens fordeling af ressourcer, en ulighed som bliver projiceret til

<sup>13</sup> Interview, Sofia, 17. november 2004.

<sup>14</sup> Jf. om disse personer i Hammerslev 2006a.

<sup>15</sup> Interview, London, 12. oktober 2005.

<sup>16</sup> Se <http://www.abanet.org/ceeli/>, 2 March 2006.

et internationalt niveau. Personerne, som arbejdede »on the ground«, havde navnlig i starten ikke de samme former og mængder af kapital, som de Washington-baserede kollegaer, der havde iværksat programmerne og ledede dem. De var alle jurister, men med forskel i kulturel, social og økonomisk kapital – og også juridisk kapital. De amerikanske jurister, som arbejdede i Østeuropa, var ofte førstegenerationsakademikere (og jurister), som var uddannet og arbejdede i provinsen i USA. Nogle havde aldrig arbejdet internationalt før, men arbejdet i CEELI var et springbræt til det internationale arbejde og til positioner i mindre prestigefyldte ngo'er.

Ofte var de idealister, som ville »change the world« og »do something good«, som flere CEELI-udsendte har fortalt i interviews og ved personlige samtaler. Deres modparter i Washington ville ændre verden, men de var mindre drevet af idealisme end af strategi. Den første fase af processen efter Berlin-murens fald var karakteriseret ved en periode af idealisme. En idealisme som blev taget med ind i feltet og brugt til at tiltrække frivillige – som var draget til det internationale »peace corps« – og til at etablere relationer med reformister i Østeuropa, som selv var drevet frem af en eufori. Bulgarske reformistiske advokater, dommere og få forskere ved Sofia Universitet var ydermere åbne over for de amerikanske advokater, som kom på frivillig basis for at hjælpe dem med at udvikle deres samfund i retning af de vestlige samfund. Samme idealisme blev hverken fundet i den amerikanske administration eller på det private marked.

En god signifikant illustration af forskellen mellem fordelingen og mængden af kapital og idealistiske intentioner kan findes i Bill Meyers biografi og indstilling. Meyer var den første frivillige CEELI-udsendte i Bulgarien (og i hele Østeuropa). Han var opvokset i en lille by i Ohio, hvor hans forældre var landmænd. Han blev uddannet i Colorado. Han var advokat i et advokatfirma i Boulder, Colorado, hvor han boede på en ranch. Han var naturmenneske og havde undervist sorte fanger i et fængsel. Da han kontaktede CEELI var han fuld af idealisme. Da han så murens fald, tænkte han »it was the time where I could actually make a difference«, som han fortalte i et interview. Med sin særdeles imødekommende personlighed (som en hovedperson bag de bulgarske reformer fortalte i et interview: »Bill [Meyer]? Oh, I loved him«) og ved ikke at være en del af de store Washington- og Wall Street-advokatfirmaer formåede han at socialisere med bulgarerne, som deltog i transformationsprocessen. Til forskel fra de amerikanske karrierediplomater og udsendte personer fra USAID – som han i begyndelsen forsøgte at være uafhængig af og ikke samarbejde med – benyttede han og andre frivillige udsendte venskabsstrategier for at bygge relation til forandringsvillige jurister i landet. Han levede, med sine egne ord, »like a Bulgarian. In contrast to many other foreigners my wife queued up for milk.«<sup>17</sup> Med venskabsstrategier havde de amerikanske udsendte i Bulgarien mulighed for at relatere til næste generation af reformjurister, hvilket var ganske unikt i feltet for retlig assistance.

<sup>17</sup> Interview, Boulder, Colorado, 2. juni 2004. Se også Meyer 1992.



CEELI fokuserede på retlige programmer inden for en række retlige områder som forfatningen, juridisk uddannelse, domstolsreformer, reformer inden for advokatsektoren, erhvervsretten og strafferetten. *Rule of law*-fokuset var tæt forbundet med erhvervsretlige reformer og med udviklingen af markedsreformer for at assistere de lande, som var på vej mod den globale økonomiske integration. Den nye retlige agenda gik hånd i hånd med erhvervsinteresser og var skabt i det retlige felt som neutrale reguleringsmekanismer og blev udvidet og påtvunget globalt til politiske felter og til det sociale univers. Den nye retlige dagsordens ortodoksi og dens relation til økonomien er illustreret ved Harvard- og IMF-økonomen Jeffrey Sachs' berømte tale ved *Yale Law School*, hvor han understregede juristers nødvendighed i den internationale udvikling: »As I am sure you will readily agree, the international economy is far too important to be left to the economists.«<sup>18</sup> Retten var igen på den politiske dagsorden i USA, i EU og hos forskellige europæiske regeringer,<sup>19</sup> internationale institutioner<sup>20</sup> og filantropiske fonde<sup>21</sup> begyndte at fokusere på *rule of law* og relaterede retlige områder som menneskerettigheder, stærke og uafhængige domstole og erhvervsret. Disse retlige kategorier, som Dezalay og Garth kalder en ny retlig ortodoksi,<sup>22</sup> var blevet centrale evalueringskriterier, når den demokratiske status for de forskellige lande omkring i verden bliver evalueret af internationale organisationer som Verdensbanken, *Open Society* og EU. Ydermere formåede CEELI at komme i en position, hvor nogle af personerne bag CEELI kunne være rådgivere for andre internationale institutioner som Den internationale krigtsforbryderdomstol. Da Mark Ellis flyttede fra CEELI til *The International Bar Association* (IBA), tog han CEELI-modellen med sig for via IBA at benytte den i andre lande som fx i Afghanistan. Ydermere blev og bliver nogle af

<sup>18</sup> Sachs talte ved Yale Law School 16 October 1998, <http://www-law.yale.edu/outside/html/Publications/pub-sachs.htm>, 23. marts 2006.

<sup>19</sup> For eksempel har det hollandske Matra-program dets oprindelse i økonomi – og dets forsøg på at optimere betingelserne for hollandske forretninger i Østeuropa. Personerne, som designede Matra-programmet, »took out the soft sectors« og begyndte at fokusere på *the rule of law* for at opnå økonomiske gevinster, som en af skaberne af programmet fortalte i et interview med denne artikels forfatter. »We wanted to export – that was our purpose. And to develop business it was necessary to invest in the legal system.« Interview, Sofia, 23. november 2004.

<sup>20</sup> Verdensbanken har fx deres retlige programmer, som IMF støtter. Se om historien bag verdensbankens retlige programmer i Dezalay & Garth (2002b), kapitel 13.

<sup>21</sup> George Soros' imperium, som i 1999 brugte omkring 570 millioner US dollars, består af *Open Society Institute* og andre organisationer som *Institute for Constitutional and Legislative Policy*, som overvåger den retlige udvikling og understøtter juridisk uddannelse, og *Roma Right Center*, der fokuserer på områder omhandlende diskrimination af romaer (Kaufman 2002, p. 256 ff.). Soros var også initiativtager til *East-West Management Institute*.

<sup>22</sup> Dezalay & Garth 2002a.

personerne tilknyttet CEELI brugt som konsulenter i internationale organisationer. Dette kan igen illustreres godt ved at følge Mark Ellis' karriere. Med sin baggrund i udenlandske investeringer blev han brugt af Verdensbanken som konsulent inden for emner vedrørende udenlandske investeringer i relation til Østeuropa og det tidligere Sovjetunionen, mens han samtidig var direktør for CEELI.

### 3. EU-programmer

#### 3.1 »Government-to-government«-programmer: »Demand and market driven« tilgange for EU

EU's retlige programmers livsbane er forskellige fra de amerikanske programmers livsbaner. Som det følgende påpeger, blev EU's retlige programmer skabt i det bureaukratiske felt i EU – dvs. hovedsageligt i den udøvende del, nemlig i Kommissionen. Men det var ikke kun selve baggrunden for programmerne, som var forskellig, også selve udformningen og måden, de fungerede på, var forskellig.

I de første år efter de kommunistiske regimers fald blev Phare-programmet etableret. Det skulle give assistance inden for specielt fem områder: »agricultural supplies and restructuring, access to markets, investment in promotion, vocational training and environmental protection.« Som en kontorchef i Kommissionen fortalte i et interview: »The Phare project was in English, and it was in fact built by native speakers.«<sup>23</sup> Personerne bag Phare-programmerne var hovedsagelig økonomer fra Storbritannien og personer med baggrund i udviklingsbistand. Ydermere fik Kommissionen den centrale rolle i at assistere udviklingen og koordinere bistanden fra G-24, fordi Delors kunne mobilisere sit sociale netværk.<sup>24</sup> Dog var assistancen, hvad der blev kaldt *demand driven* og *market driven*. Private konsulentbureauer tjente store penge på de store projekter, som blev etableret.<sup>25</sup>

Da det blev klart, at de østeuropæiske lande ville søge om medlemskab af Unionen, var der en gruppe personer i Kommissionen, som investerede i et retligt fokus. I 1993 vedtog Ministerrådet under mødet i København kriterierne, som de Østeuropæiske lande skulle opfylde, hvis de ville have medlemskab af EU. De politiske kriterier, som blev defineret, er: Stabile institutioner, som sikrer demokrati, *the rule of law*, menneskerettigheder og respekt for minoriteter; de økonomiske kriterier er en velfungerende markedsøkonomi og endelig, at landene har inkorporeret unionens *acquis* – dvs. den samlede EU-lovgivning – og vil følge EU's forskellige politiske, økonomiske og monetære formål. På trods af at disse kriterier var overordnede og ikke dannede grundlag for specificerede instrukser, dannede de grundlag for

<sup>23</sup> Interview, Bruxelles, 23. februar 2006.

<sup>24</sup> Smith 2004.

<sup>25</sup> Wedel 2001.

at institutionalisere samarbejdet og kunne benyttes af EU som instrument til at få de østeuropæiske lande rettet mod EU.

### 3.2 »The legal turn«: EU-programmernes skift fra »demand to accession driven«

Med de nye retlige kriterier fik juristerne bag dem et instrument til at ændre EU-støtten via Phare-programmerne fra *demand driven* til *accession driven*. Dette betød, at EU's støtteprogrammer blev ændret fra at blive givet til, hvad de Østeuropæiske lande søgte penge til ud fra, hvad de selv mente, de havde brug for, til alene at fokusere på projekter, som vedrørte forbedringer af forhold i Østeuropa, som var af relevans for optagelsen i EU. Disse personer arbejdede for og med den drivende kraft bag de retlige programmer, François Lamoureux.

François Lamoureux' livsbane eksemplificerer ganske godt forskellene på de amerikanske produktioner og EU-produktionerne af retlige programmer. Lamoureux var en del af Delors' kabinet (eller, som personerne i Delors' kabinet også blev kaldt, »practitioners of Rottweiler politics«, »Napoleonists, becoming Bonapartists«).<sup>26</sup> Han var uddannet på *Institut d'études politiques* og havde undervist ved *University of Paris I* og universitetet i Metz, før han flyttede til den juridiske afdeling i Kommissionen i 1978. Han havde været involveret i politik for de franske socialister og havde været vice-borgmester i en forstad til Paris. Han var medlem af Delors' kabinet fra 1985 og udgjorde sammen med Pascal Lamy (som nu er direktør i WTO) de tætteste rådgivere for Delors. Lamoureux havde været »a central player in hammering out the Single European Act.«<sup>27</sup> I 1996 flyttede han til Generaldirektoratet for udenrigsrelationer som vice-generaldirektør og blev senere direktør for *DG Transport*. Han og andre brugte forskellige strategier til at gøre positionen for den bureaukratiske side af EU stærkere. Den franske side kunne genvinde noget af dets tidligere imperiale styrke, og ved at benytte EU formåede de at mobilisere et stærkt kabinet – hvor mange af personerne var uddannet på *Institut d'études politiques* og havde signifikant social kapital, bl.a. i form af internationale sociale netværk.<sup>28</sup>

Lamoureux og personerne omkring ham formåede at tage Phare-programmerne til den næste fase. Han brugte sine ressourcer til at påføre det politiske felt den retlige agenda, som blev et af de absolutte hovedområder for assistancen til Østeuropa. Med den retlige dagsorden på plads var der behov for retlig ekspertise i kommissionen. En gruppe personer startede programmerne, og området for *Justice and Home Affairs* var et af de hurtigst voksende områder inden for EU-Kommissionen, og det var inden for dette område, at Kommissionen kunne spille en hovedrolle inden for EU *vis-a-vis* Parlamentet og også *vis-a-vis* andre institutioner.

<sup>26</sup> Ross 1995 p. 51.

<sup>27</sup> Ross 1995 p. 55.

<sup>28</sup> Kauppi 2005.

Lamoureux var også en af hovedpersonerne bag Twinning-programmerne, hvilket er programmer, som støtter konkrete samarbejder mellem en offentlig institution i modtagerlandet og en tilsvarende institution i en EU-medlemsstat. Ved at opfinde disse nye programmer kunne de også ændre måden at benytte eksperter på, samtidig med at de kunne lægge et større ansvar for den europæiske integration ud til medlemsstaterne. Som en person i Kommissionen, som arbejdede med Bulgarien, og som havde fulgt udviklingen for de retlige programmer, fortalte i et interview: »We saw that the area of public administration was extremely expensive, and we had to draw our expertise on the market. And they did not leave stable results, once the experts had left we did not get any local know-how to take on the reforms.«<sup>29</sup>

Dette nye *legal turn* for assistancen til Østeuropa betød ikke kun, at nye former for assistance blev opfundet. Det betød også, at statslige og juridiske (og andre) teknokrater blev relateret til og blev engageret i udviklingen i Østeuropa. Twinning-programmerne, som sendte bureaukrater, dommere og politifolk – eller med andre ord *statsansatte* – til de østeuropæiske lande for at assistere *inden for staten*, var også en opfindelse beregnet på at »create network and focus, not a private focus. And then it might be possible to put political pressure from the members of the EU on the institutions in which the Twinning is.«<sup>30</sup> »By nature, the field of justice and home affairs is something the state is in charge of, it is not the market that change the judiciary.«<sup>31</sup> Visse dele af Twinning-programmet blev således udformet efter CEELI-mønsteret, hvor dominerede agenter fra de forskellige administrationer i de enkelte europæiske lande blev sendt ud for at assistere landene i Østeuropa med at ændre de juridiske aktørers praksisser og udsyn. Dog eksisterede der en vigtig forskel på disse metoder, nemlig den at det amerikanske fokus var på private advokater, mens EU's fokus var på bureaukrater, inklusive dommere, toldere og politifolk etc.

Lamoureux, som havde været en af Delors' tætteste rådgivere og som kendte spillets regler, formåede at udplacere andre, som ville udvide programmet til de blødere sektorer som civilsamfund, fagforeninger og velfærdsstater. På trods af specielt Storbritanniens modstand mod ændringerne fra markedsekspertise til juridisk statsekspertise vandt Lamoureux kampen.

Med de interne EU-reformer (særligt det indre marked og senere euroen) implementeret blev udvidelsen et af hovedfokusområderne for den europæiske udvikling, og personer, som investerede i udvidelsen og ikke mindst i den retlige agenda, blev promoveret internt i EU Kommissionen. De retlige

<sup>29</sup> Interview, Bruxelles, 12. april 2005.

<sup>30</sup> Interview, Bruxelles, 23. februar 2006. Om sådanne interbureaukratiske og retlige netværk se Slaughter (2004).

<sup>31</sup> Interview, Bruxelles, 12. april 2005.

udvidelseskriterier for de juridiske programmer blev besluttet af en progressiv gruppe hovedsageligt bestående af en gruppe jurister i Generaldirektoratet for udvidelsen i Bruxelles med assistance af det voksende *Justice and Home Affairs*.

Retliggørelsen af EU-programmerne var også en måde at reagere på dominansen af amerikanske advokater i det østeuropæiske område. Som en af hovedpersonerne bag EU's retlige programmer fortalte i et interview:

»It was in 96-97 you can say that the EU promotion became legalised. And the accession partnership gave us the possibility to say, look do not take US experts in that field. Here is the priority, it is this EU legislation. So it is for us to tell you what to do ... And then we felt: now they have applied for membership, should we continue to programming in the same manner? Or should we reverse the situation? We know in principle what should be good for you, what assistance you should receive. If you want to become member we could tell you what we think your priorities should be. So we invented the accession partnership, which was an instrument whereby we would draw the priorities. And therefore we changed the way that the Phare programs were driven: from demand driven to accession driven.«<sup>32</sup>

De amerikanske jurister var dog stadig dominerende på området. De havde uddannet de personer, som EU var tvunget til at samarbejde med, når de evaluerede de østeuropæiske lande, ganske som CEELI havde opfundet evalueringskriterierne og skrevet evalueringsrapporter om de forskellige østeuropæiske lande, som EU's jurister benyttede, når landene skulle evalueres. En del af prioriteringsområderne for evalueringerne og assistanceområderne var således allerede fastsat – og var inspireret af CEELI.

Når Bulgarien evalueres, udformer EU deres rapporter på baggrund af interviews med personer placeret centralt i magtfeltet om betingelserne for udviklingen på det retlige område. Mange af disse interviewede eksperter var relateret til ngo-sektoren eller til nogle prominente advokater. En del, som EU benyttede særligt i begyndelsen, var uddannet af CEELI og også benyttet af de amerikanske eksperter. For at få flere europæiske ngo'er på banen begyndte juristerne i Kommissionen at gå i dialog med den nystartede tænketank *European Institute*, som blev oprettet af den bulgarske hovedforhandler, Stanislav Daskalov, i forbindelse med forhandlingerne af Bulgariens tiltrædelsesaftale. Daskalov var økonom og var tæt relateret til nogle af de første bulgarske advokatfirmaer, som blev oprettet lige efter Zhivkov-regimets fald. Han og en jurist, som arbejdede i *Open Society Institute*, fik økonomiske midler fra *Open Society* til at opstarte institutionen, som blev et link mellem personer i Kommissionen og rådgivere for den bulgarske regering.

<sup>32</sup> Interview, Bruxelles, 23. februar 2006.

Juristerne i EU-Kommissionen engagerede sig også i kampen om domstols-træning i Bulgarien.<sup>33</sup> Det amerikanske fokus havde været at skabe en institution uden for staten, som kunne uddanne dommere, men EU ville have den som en statsinstitution. Som en centralt placeret person i Kommissionen bemærkede om *The Magistrates Training Centre*: »Throughout the years we saw that their capacity to train magistrates were limited and remained limited, they were not able to grow so we imposed the Bulgarian Ministry of Justice to take their responsibility and to transfer it to some full fledged institute as you have in France or other countries.«<sup>34</sup>

#### 4. Konklusion

Denne artikel har påpeget to forskellige udspring af retlig assistance ved at fokusere på den sociale genese bag amerikansk og europæisk produktion og eksport af retlig assistance. I USA var programmerne hovedsageligt et produkt af private initiativer, som blev finansieret af den amerikanske regering via NED. I modsætning hertil var EU-produktionen først og fremmest et resultat af franske jurister og bureaukrater inden for EU Kommissionen, som gik forrest i investeringerne i retlige programmer og formåede at erstatte dominerende positioner i udvidelses-spillet, nemlig britiske økonomer og personer, som kom fra udviklingsbistand. Det er med andre ord i indretningen af de nationale magtfulde, produktionsbetingelserne for de forskellige programmer skal findes. Således var det muligt for særdeles ressourcestærke agenter i USA via særligt deres retlige og sociale kapital at mobilisere de retlige eksportprogrammer til Østeuropa. I EU blev retten først sat på dagsordenen for alvor, da agenter med bureaukratisk kapital trådte ind på scenen. Programmernes forskellige udspring kan forklare deres forskellige fokusområder, henholdsvis om de var designet til at promovere ret og forandringer inden for staten, eller om de skulle promovere ret via private tænketanke, advokatfirmaer, organisationer etc., som kunne legitimere (minimal-) staten.

Med de forskellige agenter og institutioner, som kom ind til området af juridisk assistance byggende på *the rule of law*, demokrati, uafhængige og stærke domstole og erhvervsret, opstod et internationalt felt for retlig assistance. Artiklen eksemplificerer, hvordan ret og retlige programmer ikke alene var et strategisk instrument til at forfølge egeninteresser i agenternes egne karrierer, hvor juridiske investeringer gav et højt afkast, men også var et instrument til at ændre stater, markeder og retlige systemer i Østeuropa.

<sup>33</sup> Hammerslev 2006a.

<sup>34</sup> Interview, Bruxelles, 12. april 2005.

## Referencer

- Bernstein, D. Philip Agee, Former CIA agent speaks on Venezuela. Flashpoints [March 14]. 2005.
- Blum, W. (2001) *Rogue State: A Guide to the World's Only Superpower*. London: Zed Books.
- Carothers, T. (2004) *Critical Mission: Essays on Democracy Promotion*. Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace.
- Dezalay, Y. & Garth, B.G. (2002a) *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Dezalay, Y. & Garth, B.G. (2002b) *The Internationalization of Palaces War: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press.
- Galanter, M. (1991) *Tournaments of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm*. Chicago: Chicago University Press.
- Gardner, James A. *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison: The University of Wisconsin Press, 1980.
- Guilhot, N. (2005) *The Democracy Makers*. New York: Columbia University Press.
- Hammerslev, O. (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, O. (2006b) The Construction of the Dominant Position within an International Field of Legal Assistance. *Retfærd. Nordic Legal Journal*, 114, 64-79.
- Hammerslev, O. 2007. Reform strategies around the Bulgarian judicial branch: social struggles converted into struggles about court reforms. In *Judicial Reforms in Central and Eastern Europe*, eds. R. Coman and J-M. De Waele, 135-155. Brugge: Vanden Broele.
- Hammerslev, O. 2008. Lobbyisme og den danske beslutningsproces. I *Europæiseringen af dansk ret*, eds. B. Egelund Olsen and K. Engsig Sørensen, 145-162. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Hammerslev, O. Forthcoming. At afdække transnationale felter via interview: interview med elitepersoner. I Hammerslev, O., Hansen, J.A., Willig (red.). I *Refleksiv sociologi i praksis*. København: Hans Reitzels Forlag.
- Kaufman, M. T. (2002) *Soros: The Life and Times of a Messianic Billionaire*. New York: Vintage Books.
- Kauppi, N. (2005) *Democracy, social resources and political power in the European Union*. Manchester: Manchester University Press.
- Meyer, W.D. *You Listened and You Cared: Year One of the CEELI Liaison Mission to Bulgaria*. 1992.
- Ross, G. (1995) *Jacques Delors and European Integration*. New York: Oxford University Press.

Slaughter, A.-M. (2004) *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press.

Smith, K.E. (2004) *The Making of EU Foreign Policy: The Case of Eastern Europe*. New York: Palgrave Macmillan.

Trubek, D.M. & Galanter, M. (1974) 'Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States', pp. 1062-1102, *Wisconsin Law Review*.

Wedel, J.R. (2001) *Collision and Collusion: The Strange Case of Western Aid to Eastern Europe*. New York: Palgrave.

**Internetsider**

<http://www.abanet.org/ceeli/>, 2 March 2006.

<http://www.law.yale.edu/outside/html/Publications/pub-sachs.htm>, 23. marts 2006.



# Ledelsesstrukturen i danske aktieselskaber efter 2009-reformen af aktie- og anpartsselskabsloven

af

*Søren Friis Hansen*<sup>1</sup>

## 1. Baggrunden for 2009-reformen af selskabslovgivningen

I november 2006 nedsatte økonomi- og erhvervsministeren Udvalget til Modernisering af Selskabsretten med henblik på at gennemføre et »service-check« af den danske lovgivning vedrørende aktieselskaber og anpartsselskaber. Udvalgets kommissorium var at sikre, at dansk selskabslovgivning følger såvel den teknologiske som den internationale udvikling. Moderniseringsudvalget offentliggjorde den 26. november 2008 Betænkning nr. 1498, der indeholder et forslag til en lov om aktie- og anpartsselskaber. På baggrund af Moderniseringsudvalgets forslag fremsatte økonomi- og erhvervsministeren den 25. marts 2009 lovforslag L 170 i Folketinget.<sup>2</sup> Lovforslaget blev vedtaget af Folketinget ved tredjebehandling den 29. maj 2009, jf. lov om aktie- og anpartsselskaber, nr. 470 af 12. juni 2009 (i det følgende forkortet »ASL« eller »ASL 2009«). Der er lagt op til, at økonomi- og erhvervsministeren fastsætter tidspunktet for lovens ikrafttræden, idet forskellige dele af loven kan sættes i kraft på forskellige tidspunkter, jf. nærmere ASL § 387, stk. 1.<sup>3</sup>

Det fremsatte lovforslag var stort set sammenfaldende med Moderniseringsudvalgets forslag. I forbindelse med lovens behandling i Folketinget er der gennemført en række ændringer af lovforslaget. Den væsentligste æn-

<sup>1</sup> Forfatteren har været medlem af Moderniseringsudvalget som repræsentant for Dansk Aktionærforening. De synspunkter, der udtrykkes i artiklen, er udelukkende forfatterens egne.

<sup>2</sup> Se generelt om selskabsretsreformen *Jan Schans Christensen*, R&R 2009 nr. 1, s. 22-38, samme *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret* 2008:4, s. 128-154, *Lennart Lynge Andersen og Peer Schaumburg Müller*, *Erhvervsjuridisk tidsskrift* 2009:1, s. 62-71.

<sup>3</sup> Økonomi- og erhvervsministeren oplyser til Erhvervsudvalget, jf. ministerens svar på L 170, spørgsmål 11, at visse dele af den nye lov forudsætter iværksættelse af væsentlige IT-tiltag, og at disse dele af loven derfor først kan sættes i kraft, når de bagvedliggende systemer er på plads.

dring, der er sket, er, at Moderniseringsudvalgets forslag om at afskaffe mindstekapitalkravet for anpartsselskaber ikke er blevet gennemført. I lovforslag L 170 var der oprindeligt lagt op til et mindstekrav på 50.000 DKK. I den vedtagne lov er mindstekapitalkravet til anpartsselskaber blevet nedsat fra de hidtidige 125.000 DKK til 80.000 DKK, jf. ASL § 4, stk. 2.<sup>4</sup> Mindstekapitalkravet for aktieselskaber er uforandret på 500.000 DKK.

Med vedtagelsen af lov nr. 470 af 12. juni 2009 gennemføres en lang række store og små ændringer af de danske selskabsretlige regler, der gælder for aktieselskaber og anpartsselskaber. En væsentlig strukturel ændring er således, at den hidtidige aktieselskabslov, der i sin grundform stammer fra 1973, og anpartsselskabsloven, som i sin nuværende form stammer fra 1996,<sup>5</sup> »fusioneres«, således at den selskabsretlige regulering af danske kapital-selskaber for fremtiden samles i én enkelt lov.<sup>6</sup> Det har derfor været nødvendigt at indføre en række nye begreber, der i lovtæksten skal fungere som fællesnævner for de hidtidige begreber, eftersom lovens ordlyd for fremtiden skal omfatte begge typer af kapital-selskaber, jf. nærmere ASL § 5, der indeholder definitioner af en række begreber. Således anvendes eksempelvis begrebet »kapitalandel« som fællesnævner for begreberne aktie og anpart (jf. ASL § 5, nr. 14), mens begrebet »kapitalejer« anvendes som fællesnævner for selskabsdeltagerne (hhv. aktionærer og anpartshavere), jf. ASL § 5, nr. 15. Endvidere anvendes begrebet »ejeraftale« som fællesnævner for de aftaler, der tidligere har været betegnet som hhv. aktionæroverenskomster og anpartshaveroverenskomster (jf. ASL § 5, nr. 6). De hidtidige begreber kan fortsat anvendes.

Jeg har i Juridiske emner 2003<sup>7</sup> beskrevet ledelsesstrukturen i danske selskaber i forbindelse med ikrafttrædelsen af Forordningen om det Europæiske selskab (SE). Jeg konstaterede her, at det ville være ønskeligt, såfremt den valgfrihed, der gælder for SE-selskaber med hensyn til selskabets ledelsesstruktur,<sup>8</sup> tillige blev overført til almindelige danske aktieselskaber. Med vedtagelsen af den nye lov om aktie- og anpartsselskaber bliver dette ønske opfyldt. Formålet med denne artikel er at give et overblik over ledelses-

<sup>4</sup> Det er bemærkelsesværdigt, at mindstekapitalkravet for anpartsselskaber således er bragt ned på det beløb, der blev fastsat ved lov nr. 283 af 9. juni 1982, og var gældende, indtil kravet blev sat op til 200.000 DKK ved nr. 886 af 21. december 1991. På dette punkt er der i sandhed tale om et skridt frem og to tilbage.

<sup>5</sup> Se herom *Søren Friis Hansen*, Anpartsselskaber efter loven af 1996.

<sup>6</sup> Se *Mette Neville*, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2008:4, s. 94-127, der forholder sig kritisk til Moderniseringsudvalgets forslag om at lade aktieselskaber og anpartsselskaber være omfattet af samme lov.

<sup>7</sup> Jf. *Søren Friis Hansen* i Juridiske Emner ved Syddansk Universitet 2003 (red. Bent Iversen), s. 73-95.

<sup>8</sup> Jf. herom nærmere *Jan Schans Christensen og Sanne Dahl Laursen*, Det Europæiske Selskab (2007), s. 565-689.

strukturen i danske aktieselskaber efter 2009-reformen af aktie- og anpartsselskabslovene. Anpartsselskaber behandles ikke. Reformen giver anledning til en række overvejelser vedrørende ledelsens ansvar, men denne problemstilling behandles ikke i artiklen, ligesom reglerne om medarbejderrepræsentation ikke omtales.

## 2. Ledelsesstrukturen efter aktieselskabsloven af 1973

### 2.1 De forskellige modeller for aktieselskabers ledelsesstruktur

På europæisk plan kan man overordnet set udsondre tre forskellige modeller for så vidt angår de lovfæstede regler for aktieselskabers ledelsesstruktur.<sup>9</sup> Modellerne adskiller sig fra hinanden med hensyn til opdelingen af selskabets ledelse i en ledelsesfunktion og en tilsynsfunktion. Forskellene mellem modellerne går dels på personsammensætningen, dels på fordelingen af beføjelser mellem hhv. ledelsesfunktionen og tilsynsfunktionen. De afgørende forskelle mellem de tre modeller er således for det første, om der i det enkelte selskab kan være personsammenfald mellem hhv. ledelsesfunktionen og tilsynsfunktionen. For det andet er det afgørende, om der er sammenfald mellem de beføjelser, der i henhold til lovgivningen påhviler hhv. tilsynsfunktionen og ledelsesfunktionen.

*Den tyske model*, der ofte betegnes som en tostrengt model (nedenfor afsnit 2.2), indebærer en fuldstændig adskillelse mellem ledelsesorganet (Vorstand) og tilsynsorganet (Aufsichtsrat) for så vidt angår både personsammensætning og de beføjelser, der tilkommer det enkelte organ. *Den engelske model*, hvor der kun findes et enkelt ledelsesorgan (board of directors), men hvor der kan være medlemmer af dette organ, der udfylder en tilsynsfunktion, betegnes sædvanligvis som en enstrengt model (nedenfor afsnit 3.3). Endelig kan den *skandinaviske model*, der har sin oprindelse i dansk ret, og som hidtil har været den eneste mulige ledelsesstruktur i henhold til aktieselskabsloven, betegnes som en blanding mellem den tyske model og den engelske model. Den skandinaviske model er baseret på, at ledelsen i et aktieselskab skal være opdelt i et selvstændigt organ til varetagelse af den daglige ledelse (direktionen) og et selvstændigt organ til varetagelse af tilsynet med ledelsen (bestyrelsen), men adskillelsen mellem de to organer er ikke absolut for så vidt angår personsammensætning og opgaver.

Moderniseringsudvalget har lagt til grund, at der ikke findes grundlag for at konkludere, at en af de ovenfor nævnte ledelsesmodeller er bedre eller

<sup>9</sup> Jytte Thorbek har i *Aktieselskabsorganernes kompetence i EF (1973)* foretaget en nærmere beskrivelse af ledelsessystemerne i Tyskland, Frankrig, Belgien, Holland, Italien og Danmark. Thorbek påpeger bl.a. (s. 424-440), at Tyskland var det første land, der indførte en opdeling af ledelsen i et ledelsesorgan og et tilsynsorgan, og at denne opdeling siden har spredt sig til de øvrige lande.

mere effektiv end de andre.<sup>10</sup> Skandaler er forekommet i alle lande og har angået selskaber, der har været organiseret efter alle tre modeller.

Mens der findes regler om ledelsesstrukturen i SE-forordningen, er reglerne for ledelsesstrukturen i almindelige aktieselskaber ikke genstand for harmonisering inden for EU.<sup>11</sup> Medlemsstaterne i EU er derfor frit stillet for så vidt angår fastlæggelse af ledelsesstrukturen i almindelige aktieselskaber og anpartsselskaber. I en række lande er der allerede i dag mulighed for, at aktieselskaber kan vælge mellem flere forskellige ledelsesstrukturer. Dette er eksempelvis tilfældet i Frankrig.<sup>12</sup> Flertallet i Moderniseringsudvalget fandt på denne baggrund,<sup>13</sup> at der bør gives adgang til, at også almindelige danske aktieselskaber får adgang til at indrette deres ledelsesstruktur, som de ønsker, idet der dog i alle aktieselskaber skal findes en opdeling af ledelsesmedlemmerne i to grupper af ledelsesmedlemmer. I et dansk aktieselskab skal der således fortsat være dels et eller flere ledelsesmedlemmer med titel af direktør, hvis opgave er at varetage den daglige ledelse af selskabet, dels mindst tre ledelsesmedlemmer, der er registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som medlemmer af selskabets bestyrelse, hhv. selskabets tilsynsråd, jf. nærmere nedenfor afsnit 3. Reglerne vedrørende anpartsselskabers ledelsesstruktur føres uændret videre med ASL 2009. Anpartshaverne kan således som hovedregel fravælge at etablere en bestyrelse, bortset fra i de tilfælde, hvor medarbejderne har ret til medarbejderrepræsentation, jf. ASL § 111, stk. 3.<sup>14</sup>

## 2.2 Den tyske model

Tyskland var det første land i Europa, der indførte en opdeling af ledelsen i en ledelsesfunktion og en tilsynsfunktion. Det bestemmes i den nugældende Aktiengesetz (AktG), § 76, Abs. 1, at: »*Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten*«. Med denne bestemmelse slås det fast, at direktionen leder selskabet, men det følger tillige, at tilsynsrådet

<sup>10</sup> Jf. Betænkning 1498, s. 291-294.

<sup>11</sup> I 1972 fremlagde Kommissionen et udkast til et femte selskabsretligt direktiv, der bl.a. indeholdt regler om ledelsesstrukturen i aktieselskaber. Det seneste udkast til dette direktiv er fra 1991, jf. om direktivets forslag til en harmonisering af reglerne om aktieselskabers ledelsesstruktur, *Karsten Engsig Sørensen*, i *Selskabers organisation* (red. Paul Krüger Andersen, 1997), s. 91-133. Det er udelukket, at direktivet bliver vedtaget, jf. *Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel*, *Dansk selskabsret 1* (2. udg. 2006), s. 267f.

<sup>12</sup> I Frankrig blev der således allerede i 1966 åbnet mulighed for, at aktieselskaber kunne vælge en tostrengt ledelsesstruktur svarende til den, der kendes fra Tyskland, jf. om den tostrengede model i fransk ret, *Yver Guyon*, *Droit des affaires* (11e edition 2002), tome 1, s. 367-377.

<sup>13</sup> Jf. nærmere Betænkning nr. 1498, s. 291-294.

<sup>14</sup> Jf. nærmere om ledelsesstrukturen i anpartsselskaber, *Søren Friis Hansen*, *Anpartsselskaber efter loven af 1996* (1998), s. 57-66.

(Aufsichtsrat) ikke har beføjelse til at lede selskabet. Hovedopgaverne for Aufsichtsrat er at ansætte og afskedige medlemmer af Vorstand (AktG § 84), at repræsentere selskabet i forhold til medlemmerne af Vorstand (AktG § 112), samt at føre tilsyn med selskabets ledelse. Sidstnævnte opgave er beskrevet i AktG § 111, Abs. 1, hvor det hedder: »Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen«. Det følger af § 111, Abs. 4, at der ikke kan tildeles Aufsichtsrat beføjelser vedrørende ledelse af selskabet, men at det kan bestemmes i vedtægterne, at bestemte typer af dispositioner kun må træffes med samtykke fra Aufsichtsrat.

Det forhold, at Vorstand leder selskabet på eget ansvar, indebærer, at Medlemmerne af Vorstand ikke er bundet af anvisninger fra andre selskabsorganer,<sup>15</sup> og den nævnte mulighed for at kræve samtykke fra Aufsichtsrat indebærer ikke en ret til at pålægge Vorstand en bestemt handlingsmåde. I modsætning til ledelsen i et GmbH, er Vorstand ikke bundet af instrukser fra kapitalejerne.<sup>16</sup>

### 2.3 Den engelske model

Engelsk ret er karakteriseret ved en ledelsesstruktur, hvor alle medlemmer er tilknyttet det samme organ (board of directors). Det følger af den engelske Companies Act 2006, Section 154 (2), at et public limited company skal have to direktører, hvoraf mindst en skal være en fysisk person, jf. Section 155 (1). Fastlæggelsen af, hvilke beføjelser der tilkommer ledelsen, er i vidt omfang overladt til det enkelte selskab.<sup>17</sup> Der er således ikke noget til hinder for, at et selskab kan vælge at opdele ledelsen i et ledelsesorgan og et tilsynsorgan. Særligt den amerikanske Enron-skandale har givet anledning til overvejelser om at styrke den rolle, som non-executive directors bør spille.<sup>18</sup> For så vidt angår børsnoterede selskaber følger det af de nugældende engelske corporate governance-regler, at board of directors skal være organiseret således, at halvdelen af medlemmerne er »non-executive directors«, (eller »NEDs«),<sup>19</sup> ligesom the Chief Executive Officer (»CEO«) ikke må være formand for the board of directors.

<sup>15</sup> Jf. Uwe Hüffer, Aktiengesetz, (8. Aufl. 2008), s. 366.

<sup>16</sup> Jf. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (4. Aufl. 2002), s. 804.

<sup>17</sup> Jf. Paul L. Davies, Gower & Davies Principles of Modern Company Law (8<sup>th</sup> ed. 2008), s. 366.

<sup>18</sup> Jf. hertil nærmere Paul Davies, Board Structure, in Particular the Role of Non-Executive and Supervisory Directors, i Ferrarini, Hopt, Winther & Wymeersch (eds.), Reforming company and Takeover Law in Europe, (2004), s. 185-223.

<sup>19</sup> Jf. Paul L. Davies, Gower & Davies Principles of Modern Company Law (8<sup>th</sup> ed. 2008), s. 407-409. Se om overvejelserne i forbindelse med den engelske reform af Companies Act Chris Riley, i The Reform of United Kingdom Company Law (ed. John de Lacey, 2002, s. 181-184.

#### 2.4 Den skandinaviske (danske) model

Selvom dansk selskabsret oprindeligt var stærkt præget af udviklingen i Tyskland, gjorde dette sig ikke gældende med hensyn til ledelsesstrukturen i aktieselskaber. Aktieselskaber opstod i praksis i Danmark før vedtagelsen af den første aktieselskabslov i 1917. Her i landet førte udviklingen i praksis mod slutningen af det nittende århundrede til, at selv i de aktieselskaber, hvor ledelsen var opdelt i to organer, var det ikke udelukket, at direktører kunne være medlemmer af bestyrelsen.<sup>20</sup> Der gjaldt i øvrigt ikke nogen legal afgrænsning for så vidt angik de beføjelser, der tilkom ledelsesorganet og tilsynsorganet.<sup>21</sup> I de selskaber, hvor ledelsen var opdelt i to organer, var det almindeligt, at bestyrelsen havde ret til at give bindende retningslinjer og anvisninger til direktionen.<sup>22</sup>

Kernen i den hidtidige danske ledelsesstruktur har været bestemmelsen i ASL 1973 § 54. Denne bestemmelse kan føres tilbage til forarbejderne til aktieselskabsloven af 1930.<sup>23</sup> Allerede i et lovudkast fra 1923 hedder det således om fordelingen af beføjelser mellem bestyrelsen og direktionen, at: »Dispositioner, der efter Selskabets Forhold er af usædvanlig Art eller stor Betydning, skal af Direktionen forelægges Bestyrelsen til Godkendelse.« Siden vedtagelsen af lov nr. 282 af 9. juni 1982 har det været obligatorisk for danske aktieselskaber at etablere både en bestyrelse, der mindst skal bestå af tre medlemmer, og en direktion, der kan bestå af en enkelt direktør (jf. ASL 1973 § 51).

Afgørende for, om en person i aktieselskabslovens forstand er direktør, er, om vedkommende er registreret som sådan hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. En person kan have titel af direktør uden at være registreret som sådan, men i så fald anses vedkommende ikke som direktør ved anvendelse

<sup>20</sup> Jf. Kristian Sindballe, Dansk Selskabsret III (1932), s. 178. I banker gjaldt der imidlertid strengere regler vedrørende adskillelse mellem bestyrelse og direktion. Således bestemtes det allerede i lov nr. 122 af 15. april 1930, § 8, stk. 4, at stillingen som medlem af en banks bestyrelse eller repræsentantskab var uforenelig med stillingen som direktør. Denne regel er fortsat gældende for finansielle virksomheder, jf. lov om finansiell virksomhed § 73.

<sup>21</sup> Jf. Carl Torp, Den danske Selskabsret (1919), s. 242f. Se tilsvarende for norsk ret Augdahl, Aktieselskapet efter norsk ret (1926), s. 321f, der anfører: »Den nærmere kompetencefordeling mellem den administrerende direktør og det samlede styre beror i første række på hvad der er uttrykkelig eller stiltiende (ved skik og bruk) vedtatt i det enkelte selskap.«

<sup>22</sup> Jf. hertil P. Herschend, Loven om aktieselskaber (1917), s. 46f, der, på trods af at ASL 1917 ikke indeholdt bestemmelser om kompetencefordelingen mellem bestyrelse og direktion, karakteriserede direktionen på følgende måde: »Hvor der ansættes en særlig Direktion, er det dennes Opgave – under Bestyrelsens Tilsyn og efter dennes Anvisninger – at forestaa Selskabets daglige Ledelse.«

<sup>23</sup> Jf. nærmere om den historiske udvikling af den danske model, Juridiske Emner 2003 (ovenfor note 6), s. 85-89.

af bestemmelserne i aktieselskabsloven angående selskabets organisation.<sup>24</sup> Der gælder ikke efter dansk ret grænser for, hvor mange ledelseshverv en person kan bestride.

Hidtil har aktieselskabsloven indeholdt en hjemmel til at etablere et repræsentantskab, jf. ASL 1973, § 59. For finansielle virksomheder gælder særlige regler om repræsentantskab, jf. nærmere LFV § 69. For almindelige aktieselskaber er reglen om repræsentantskab ikke videreført, men det følger af bemærkningerne til ASL § 111, at det fortsat vil være muligt at etablere et repræsentantskab, der dog ikke kan få tildelt de beføjelser, som efter loven tilfalder de øvrige organer.

Den danske ledelsesmodel er karakteriseret ved, at bestyrelsen og direktionen i fællesskab forestår ledelsen af selskabets anliggender (jf. ASL 1973 § 54, stk. 1). Karakteristisk for den danske ledelsesmodel er endvidere, at der i begrænset omfang er mulighed for personsammenfald mellem ledelsesorganet og tilsynsorganet. En direktør kan således være medlem af bestyrelsen, idet flertallet af bestyrelsens medlemmer dog skal udgøres af personer, der ikke er direktører i samme selskab, jf. ASL § 111, stk. 1, nr. 1, 4. pkt. (ASL 1973 § 51, stk. 2). Bestyrelsen skal vælge en formand, jf. ASL § 122 (ASL 1973 § 56, stk. 1), der dog ikke må være direktør i samme selskab.

For så vidt angår fordelingen af de beføjelser, der tilkommer hhv. bestyrelse og direktion, er den danske model karakteriseret ved, at den daglige ledelse varetages af direktionen, jf. ASL § 117, stk. 1 (ASL 1973 § 54, stk. 2). Bestyrelsen varetager også selskabets ledelse og er således ikke efter den skandinaviske model begrænset til alene at være et tilsynsorgan.<sup>25</sup> Bestyrelsen kan opstille retningslinjer for direktionens arbejde. Bestyrelsen må dog ikke overtage hele den daglige ledelse. Det vil således være i strid med ASL § 117, stk. 1, hvis det bestemmes i forretningsordenen, at direktionens kompetence er indskrænket, således at denne generelt kun kan disponere efter at have indhentet samtykke fra bestyrelsens formand.<sup>26</sup> Det kan derimod lovligt bestemmes, at bestemte typer af beslutninger i et selskab hører under bestyrelsens kompetence. I øvrigt kan bestyrelsen konkret træffe beslutning i alle anliggender vedrørende selskabets ledelse og give direktionen anvisninger herom, ligesom bestyrelsen kan kræve, at enkelte spørgsmål forelægges bestyrelsen til afgørelse.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Jf. *Bernhard Gomard, Aktieselskaber & anpartsselskaber* (5. udg. 2006), s. 260, og *Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 2* (2. udg. 2007), s. 417.

<sup>25</sup> Jf. hertil *Jan Schans Christensen, Kapitalselskaber* (2. udg. 2007), s. 420f.

<sup>26</sup> Jf. forudsætningsvis Erhvervsankenævnets kendelse af 7. oktober 2004. Erhvervsankenævnet fandt, at det var i strid med ASL 1973 § 54, stk. 2, at et realkreditinstitut i bestyrelsens forretningsorden havde truffet bestemmelse om, at direktionen kun kunne disponere i en negotiorum gestio-situation efter at have indhentet samtykke fra bestyrelsens formand.

<sup>27</sup> Jf. *Bernhard Gomard, Aktieselskabsret* (2. udg. 1970), s. 278f.

Det følger direkte af loven, at direktørerne er retligt forpligtet til at følge retningslinjer og anvisninger fra bestyrelsen, jf. ASL § 117, stk. 1, 2. pkt. (ASL 1973 § 54, stk. 2). Dette indebærer, at direktionen efter den danske model ikke har et selvstændigt ansvarsområde. Sager, der efter selskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning, falder dog uden for den daglige ledelse, og henhører derfor under bestyrelsens kompetence, jf. ASL § 117, stk. 1, 3. pkt. (ASL 1973 § 54, stk. 2, 2. pkt.).

Begrebet »den daglige ledelse« er ikke nærmere defineret i aktieselskabsloven eller dennes forarbejder. Heraf følger, at det er overladt til selskabets praksis at fastlægge den nærmere kompetencefordeling mellem bestyrelsen og direktionen.<sup>28</sup> Ved udformningen af forretningsordenen for bestyrelsen skal der særligt tages hensyn til, om der er behov for at indsætte bestemmelser om opgavefordelingen mellem bestyrelse og direktion, jf. ASL § 130, stk. 2 (sammenlign ASL 1973 § 56, stk. 7, nr. 2). Den danske ledelsesmodel giver således det enkelte selskab stor frihed til at tilrettelægge forholdet mellem bestyrelsen og direktionen. I nogle selskaber spiller bestyrelsen således en meget aktiv rolle, mens bestyrelsen i andre selskaber fører en tilbagetrukket tilværelse, der er koncentreret om at føre tilsyn med direktionen. I nogle selskaber er den administrerende direktør et aktivt medlem af bestyrelsen, mens der i andre selskaber er fuldstændig adskillelse mellem bestyrelse og direktion.

Den danske ledelsesmodel er blevet eksporteret til de andre skandinaviske lande. Det bestemmes således i den svenske aktiebolagslag (2005:551), 8. kap., 1 §, at et aktiebolag ledes af en styrelse, mens der i publika aktiebolag altid skal findes en verkställande direktör, der har til opgave at varetage den løbende forvaltning efter styrelsens retningslinjer og anvisninger, jf. ABL 2005:8 kap., 50 § og 29 §. Dette indebærer, at den verkställande direktör er underordnet i forhold til styrelsen, i det omfang styrelsen har truffet en beslutning om et bestemt emne.<sup>29</sup>

I Norge skal et allmenaksjeselskap, der svarer til det danske aktieselskab have et styre, der varetager øverste ledelse af selskabets virksomhed (allmennaksjeselskapslovens § 6-12). Styret har pligt til at føre tilsyn med selskabets daglige leder (allmennaksjeselskapslovens § 6-14). Vedkommende er underlagt styrets instruktionsbeføjelser, og hvis opgave det er at varetage den daglige ledelse af selskabets virksomhed. Det faktum, at det norske ledelsessystem er nært beslægtet med dansk ret, bliver tydeligt, når man læser den norske allmenaksjelovs § 6-14, der lyder som følger:

<sup>28</sup> Jf. *Paul Krüger Andersen*, *Aktie- og anpartsselskabsret* (10. udg. 2008). S. 292.

<sup>29</sup> Jf. hertil *Andersson, Johansson og Skog*, *Aktiebolagslagen del 1* (2006), note 8.66.



» § 6-14. Daglig ledelse

(1) Daglig leder står for den daglige ledelse af selskabets virksomhed og skal følge de retningslinjer og pålegg styret har gitt.

(2) Den daglige ledelse omfatter ikke saker som etter selskabets forhold er av uvanlig art eller stor betydning«.

### 3. Overblik over ledelsesstrukturen efter ASL 2009

#### 3.1 Overblik

Med vedtagelsen af ASL 2009 er der skabt mulighed for, at også danske aktieselskaber kan vælge mellem forskellige ledelsesstrukturer. Indledningsvis er det væsentligt at slå fast, at den eksisterende danske model fastholdes. Selskaber, der ikke ønsker at ændre på kompetenceforholdet mellem bestyrelse og direktion, kan således blot vælge at fortsætte med en uændret ledelsesstruktur. Valg af ledelsesstruktur sker i selskabets vedtægter. Et eksisterende selskab kan ved en vedtægtsændring vælge en af de ledelsesstrukturer, der er beskrevet i ASL § 111, stk. 1. En beslutning om at ændre ledelsesstrukturen træffes med kvalificeret majoritet, jf. ASL § 106 (sammenlign ASL 1973 § 78). Muligheden for, at der i et rederiaktieselskab kan vælges et interessentskab som direktør, er videreført uændret, jf. ASL § 112, stk. 2 (ASL 1973 § 52, stk. 2).

Bestemmelsen om forbud mod en arbejdende bestyrelsesformand i offentligt handlede selskaber (jf. ASL 1973 § 51, stk. 3), er videreført, jf. ASL § 114. Dog er den hidtidige regel om, at formanden kunne udføre »enkelstående opgaver« efter anmodning fra bestyrelsen blevet ændret, således at formanden nu kan udføre »opgaver« efter anmodning fra bestyrelsen. Ifølge bemærkningerne til ASL § 114 indebærer dette, at formanden i en kortere periode kan deltage i den daglige ledelse af selskabet, hvis dette viser sig nødvendigt. Såfremt formanden permanent varetager den daglige ledelse af selskabet, vil dette derimod være i strid med ASL § 114.

Kapitalselskaber skal i vedtægterne give oplysninger om den valgte ledelsesmodel, jf. ASL § 28, nr. 5. Det følger af bemærkningerne til ASL § 28, at der er pligt til i vedtægterne oplyse, hvilken af de i ASL § 111 opregnede ledelsesmodeller, selskabet har valgt. Det må forventes, at der i den nye anmeldelsesbekendtgørelse, som bliver udstedt som følge af vedtagelsen af ASL 2009, bliver taget stilling til, hvorledes eksisterende selskaber, der jo alle per definition har valgt den ledelsesstruktur, der er beskrevet i ASL § 111, stk. 1, nr. 1, efterkommer dette krav.

#### 3.2 Regelværket i ASL 2009

Eftersom de enkelte bestemmelser i ASL 2009 skal dække over alle aktie- og anpartsselskaber, uanset hvilken ledelsesstruktur det enkelte selskab har valgt, har det været nødvendigt at indføre nogle samlebegreber, der i lovtek-

sten skal dække over alle de forskellige typer af ledelsessystemer, der er mulige efter loven, jf. ASL § 5, nr. 4 og nr. 5. Her defineres således begreberne »det centrale ledelsesorgan« og »det øverste ledelsesorgan« på følgende måde:

»4) Det centrale ledelsesorgan:

- a) Bestyrelsen i selskaber, der har en bestyrelse,
- b) direktionen i selskaber, der alene har en direktion, og
- c) direktionen i selskaber, der både har en direktion og et tilsynsråd, jf. § 111.

5) Det øverste ledelsesorgan:

- a) Bestyrelsen i selskaber, der har en bestyrelse,
- b) direktionen i selskaber, der alene har en direktion, og
- c) tilsynsrådet i selskaber, der både har en direktion, og et tilsynsråd, jf. § 111.«

Et aktieselskab kan efter ASL 2009 vælge mellem følgende ledelsesstrukturer, jf. ASL § 111, stk. 1:

§ 111. Et kapitalselskab kan vælge mellem følgende ledelsesstrukturer:

1) En ledelsesstruktur, hvor kapitalselskabet ledes af en bestyrelse, der varetager den overordnede og strategiske ledelse. Til at forestå den daglige ledelse skal bestyrelsen ansætte en direktion, der enten kan bestå af en eller flere personer blandt bestyrelsens egne medlemmer, eller af personer, som ikke er medlem af bestyrelsen. I begge tilfælde betegnes personer, som forestår den daglige ledelse, direktører, og de udgør samlet kapitalselskabets direktion. Flertallet af bestyrelsens medlemmer skal i aktieselskaber være personer, som ikke er direktører i selskabet. En direktør i et aktieselskab kan ikke være formand eller næstformand for bestyrelsen i aktieselskabet.

2) En ledelsesstruktur, hvor kapitalselskabet ledes af en direktion. I aktieselskaber skal direktionen ansættes af et tilsynsråd, der fører tilsyn med direktionen. Et medlem af direktionen kan ikke være medlem af tilsynsrådet.

Bestyrelsen eller tilsynsrådet skal altid bestå af mindst tre medlemmer, jf. ASL § 111, stk. 2. De enkelte ledelsesorganers opgaver er nærmere beskrevet i ASL § 115 (bestyrelsen), ASL § 116 (tilsynsrådet), samt ASL §§ 117 og 118 (direktionen). Bestemmelserne lyder som følger<sup>30</sup>:

<sup>30</sup> Andet punktum i ASL §§ 115, nr. 5, 116, nr. 5, og 118, stk. 2, er indsat i forbindelse med lovforslagets behandling i Folketinget for at præcisere såvel bestyrelsens som tilsynsrådets ansvar for, at der løbende foretages en vurdering af, om selskabets kapitalberedskab er forsvarligt.

#### Bestyrelsens opgaver

§ 115. I kapitalsekskaber, der har en bestyrelse, skal denne, udover at varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af kapitalsekskabets virksomhed, påse, at

- 1) bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter kapitalsekskabets forhold er tilfredsstillende,
- 2) der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller,
- 3) bestyrelsen løbende modtager den fornødne rapportering om kapitalsekskabets finansielle forhold,
- 4) direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinier og
- 5) kapitalsekskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapitalsekskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder. Kapitalsekskabet er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt.

#### Tilsynsrådets opgaver

§ 116. I kapitalsekskaber, som har et tilsynsråd, skal tilsynsrådet påse, at

- 1) bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter kapitalsekskabets forhold er tilfredsstillende,
- 2) der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller,
- 3) tilsynsrådet løbende modtager den fornødne rapportering om kapitalsekskabets finansielle forhold,
- 4) direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og
- 5) kapitalsekskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapitalsekskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder. Kapitalsekskabet er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt.

#### Direktionens opgaver

§ 117. I kapitalsekskaber, der ledes efter § 111, stk. 1, nr. 1, varetager direktionen den daglige ledelse af kapitalsekskabet. Direktionen skal følge de retningslinier og anvisninger, som bestyrelsen har givet. Den daglige ledelse omfatter ikke dispositioner, der efter

kapitalselskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning. Sådanne dispositioner kan direktionen kun foretage efter særlig bemyndigelse fra bestyrelsen, medmindre bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for kapital-selskabets virksomhed. Bestyrelsen skal i så fald snarest muligt underrettes om den truffe disposition.

Stk. 2. I kapital-selskaber omfattet af § 111, stk. 1, nr. 2, skal direktionen varetage såvel den overordnede og strategiske ledelse som den daglige ledelse. Direktionen skal desuden sikre en forsvarlig organisation af kapital-selskabets virksomhed.

§ 118. Direktionen skal sikre, at kapital-selskabets bogføring sker under iagttagelse af lovgivningens regler herom, og at formueforvaltningen foregår på betryggende måde.

Stk. 2. Direktionen skal herudover sikre, at kapital-selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapital-selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder. Kapital-selskabet er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt.

På baggrund af disse bestemmelser kan det konstateres, at danske aktieselskaber efter 1. januar 2010 kan vælge mellem tre forskellige modeller for ledelsens struktur, jf. nærmere om disse modeller, der her betegnes hhv. 1A, 1B, og 2, nedenfor. De generelle regler i ASL 2009 om valgbarhed (ASL § 112), ret til udtræden (ASL § 121), afvikling af møder (ASL §§ 123-125), inhabilitet (ASL § 131), og beskyttelse af minoritetsdeltagere (ASL § 127) er i alt væsentligt sammenfaldende med reglerne i ASL 1973. Som noget nyt er der indsat udtrykkelig hjemmel i loven til, at møder i bestyrelsen og tilsynsrådet kan afholdes på et andet sprog end dansk, jf. nærmere ASL § 126.<sup>31</sup> Ethvert bestyrelsesmedlem kan dog kræve, at dokumenter, der ikke er udformet på dansk, svensk, norsk, engelsk, eller det i vedtægterne angivne koncernsprog, bliver oversat til dansk, jf. ASL § 126, stk. 4.

### **3.3 Model 1A: Bestyrelse og direktion**

Denne model svarer til den, der var gældende efter aktieselskabsloven af 1973. Selskabets ledelse er opdelt i en bestyrelse og en direktion, idet en eller flere af direktøerne kan være medlemmer af bestyrelsen. Der kan som udgangspunkt henvises til gennemgangen vedrørende den danske ledelsesmodel ovenfor i afsnit 2.4. Bestyrelsen har i henhold til ASL § 111, stk. 1, nr. 1, til opgave at varetage den overordnede strategiske ledelse af selskabet. Det er tillige bestyrelsens opgave at ansætte, hhv. afskedige direktionen, og at varetage den overordnede strategiske ledelse af selskabet. Direktionens opgave er at varetage den daglige ledelse. Bestyrelsen har tillige til opgave at sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed og at føre tilsyn

<sup>31</sup> Jf. nærmere om anvendelse af andre sprog end dansk, Betænkning nr. 1498, s. 73-84.

med direktionens varetagelse af den daglige ledelse. Bestyrelsen har kompetence til at udstede retligt bindende retningslinjer og instrukser til direktionen. Bestyrelsen er i denne model såvel det øverste ledelsesorgan som det centrale ledelsesorgan, jf. ASL § 5, nr. 4, og nr. 5. Hvis medarbejderne udnytter deres ret til medarbejderrepræsentation, jf. ASL § 140, vælger medarbejderne et antal medlemmer til bestyrelsen.

Uanset om et selskab har valgt model 1A eller model 1B, følger det af ASL § 111, stk. 1, nr. 1, 4. pkt., at flertallet af medlemmer i bestyrelsen i aktieselskaber skal være personer, der ikke er direktører i selskabet, og at en direktør ikke kan være formand eller næstformand for bestyrelsen, jf. bestemmelsens 5. pkt. Såfremt alle registrerede direktører tillige er medlemmer af bestyrelsen, falder selskabet ind under model 1B, jf. nedenfor.

### **3.4 Model 1B: Alle direktører er medlemmer af bestyrelsen**

Efter de hidtil gældende regler skulle ledelsen af et aktieselskab bestå af tre personer, der er anmeldt som bestyrelsesmedlemmer, og af en person, der er anmeldt som direktør. Det har hidtil været muligt, at den eneste person, der er registreret som direktør, tillige er medlem af bestyrelsen. Hvis samtlige anmeldte direktører tillige er medlemmer af bestyrelsen, er der de facto kun et ledelsesorgan i selskabet. Denne model adskiller sig for så vidt ikke på det formelle plan fra model 1A. Ifølge bemærkningerne til ASL § 111, kan denne model imidlertid sammenlignes med den engelske enstrengede ledelsesmodel. Bestyrelsen er også i denne model såvel det øverste ledelsesorgan som det centrale ledelsesorgan, jf. ASL § 5, nr. 4, og nr. 5.

### **3.4 Model 2: Direktion og tilsynsråd**

Som en nyskabelse i dansk ret følger det af ASL § 111, stk. 1, nr. 2, at såvel aktieselskaber som anpartsselskaber kan etableres med en ledelsesstruktur, hvor ledelsen består af en direktion, hvis medlemmer er ansat af et tilsynsråd. Denne model betegnes som en »tostrengt ledelsesmodel.« Ordet »tilsynsråd« er taget direkte fra det tilsvarende tyske begreb »Aufsichtsrat«.

Tilsynsrådet er således karakteriseret ved, at der er fuldstændig adskillelse mellem dette og den daglige ledelse af selskabet, der varetages af direktionen. Personer, der er medlemmer af direktionen, må således ikke være medlemmer af tilsynsrådet, og tilsynsrådet har i modsætning til bestyrelsen ikke adgang til at give retligt bindende anvisninger til direktionen vedrørende dennes varetagelse af den daglige ledelse af selskabet. Tilsynsrådets beføjelser er opregnet i ASL § 116. Dets væsentligste opgaver er at ansætte, hhv. afskedige direktionen og at føre tilsyn med dennes varetagelse af den daglige ledelse. I forbindelse med høringen af moderniseringsudvalgets lovforslag kritiserede Advokatrådet, at der efter det oprindelige forslag var et stort overlap mellem bestyrelsens og tilsynsrådets opgaver, idet tilsynsrådet efter

Moderniseringsudvalgets oprindelige lovforslag havde til opgave at sørge for en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed, jf. det oprindelige forslags § 116. Denne kritik er taget til efterretning, idet det efter den vedtagne § 116 ikke længere er tilsynsrådets opgave at stå for selskabets organisation.

En refleksvirkning af tilsynsrådets manglende instruktionsbeføjelse over for direktionen er, at tilsynsrådets medlemmer, der overholder forbuddet mod at blande sig i den daglige ledelse af selskabet, som udgangspunkt ikke kan ifalde ansvar for beslutninger, der er truffet som et led i varetagelsen af selskabets daglige ledelse. Det må dog understreges, at medlemmerne af tilsynsrådet for så vidt angår dispositioner, der falder inden for tilsynsrådets beføjelser, ifalder ansvar over for selskabets og dets kreditorer på fuldstændig det samme grundlag som medlemmerne af bestyrelsen. For så vidt angår muligheden for at medlemmerne af ledelsen ifalder ansvar for at *undlade at føre det nødvendige tilsyn med den daglige ledelse*, er medlemmerne af tilsynsrådet således fuldstændig ligestillet med medlemmerne af bestyrelsen. Det fremgår således udtrykkeligt af ASL §§ 115, 116 og 118, at alle selskabets ledelsesorganer (direktion, hhv. bestyrelse eller tilsynsråd) er forpligtet til løbende at vurdere selskabets økonomiske situation, således at det sikres, at selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt.<sup>32</sup>

#### 4. Sammenfatning og perspektivering

Den hidtidige danske ledelsesmodel for aktieselskaber udviklede sig i anden halvdel af det nittende århundrede i erhvervslivets praksis. Denne model er karakteriseret ved, at ledelsen af aktieselskab ganske vist er opdelt i en tilsynsfunktion (bestyrelse) og en ledelsesfunktion (direktion), men at der ikke er en skarp adskillelse mellem disse to funktioner. Selvom den danske model således er af ældre dato, betyder dette ingenlunde, at den må betegnes som forældet. Modellen er karakteriseret ved en stor fleksibilitet, og den kan i vidt omfang tilpasses det enkelte selskabs behov. Modellen har i øvrigt den fordel, at den er kendt og indarbejdet i praksis. Det må forventes, at de fleste danske selskaber vil vælge at fastholde den danske ledelsesmodel, når ASL 2009 er trådt i kraft.

Man kan på denne baggrund spørge, om der virkelig er behov for at indføre valgfrihed med hensyn til ledelsessystemet. Det blev således påpeget i de til L 170 afgivne høringssvar, at de foreslåede regler om valgfrihed med hensyn til selskabets ledelsessystem vil kunne skabe uklarhed om fordelin-

<sup>32</sup> Denne bestemmelse blev indsat i loven i forbindelse med lovforslagets behandling i Erhvervsudvalget, jf. Udvalgsbetænkningen til L 170 af 15. maj 2009.

gen af ansvar og kompetencer,<sup>33</sup> ligesom det blev påpeget, at der vil være behov for flere forskellige anbefalinger om god selskabsledelse.<sup>34</sup>

Valgfrihed kan være kompliceret, og det er korrekt som påpeget i høringssvarene, at der vil være behov for at justere de danske corporate governance-regler. Ingen af de tre ledelsessystemer, der kendes i Europa, kan imidlertid garantere mod at der opstår misbrug og skandaler. Senest har IT Factory-skandalen vist, at det danske ledelsessystem langt fra er fejlfrit, og at det kan være farligt, hvis en magtfuld direktør gennem sit medlemskab af bestyrelsen får mulighed for at styre de informationer, der tilgår bestyrelsen. Der findes allerede i dag danske selskaber, hvor der de facto er fuldstændig adskillelse mellem bestyrelse og direktion. På baggrund af de sager, hvor der har været konstateret svigt i tilsynet med direktionen, er det vel ikke utænkeligt, at nogle danske selskaber vil vælge et tostrengt ledelsessystem, således at der også de jure skabes en fuldstændig adskillelse mellem bestyrelse og direktion. Herigennem kan selskabet signalere over for omverdenen, at man lægger særligt vægt på et effektivt og uafhængigt tilsyn med den daglige ledelse.

Det følger af bemærkningerne til ASL § 111, at muligheden for at vælge ledelsessystem afspejler den realitet, at det følger af etableringsfriheden i EU, at en virksomhed kan etableres i Danmark inden for rammerne af et selskab stiftet i en anden medlemsstat.<sup>35</sup> I første omgang vil valgfriheden formentlig blive udnyttet af udenlandske koncerner, der ønsker at oprette et datteraktieselskab i Danmark. En tysk koncern kan således stifte et dansk datteraktieselskab, hvor ledelsen er organiseret efter de samme principper, som gælder i Tyskland inden for rammerne af et dansk aktieselskab. Tilsvarende kan en koncern med rødder i Storbritannien vælge at stifte et datteraktieselskab, der er organiseret efter de principper, der gælder for board of directors, inden for rammerne af et dansk aktieselskab. Herved styrkes dansk selskabsret i konkurrencen med andre landes selskabsret.

Når der er gået et stykke tid, og der er høstet erfaringer med de nye muligheder for valg af ledelsessystem, må det forventes, at også danske selskaber vil udnytte de muligheder, der ligger i adgangen til at vælge mellem flere forskellige typer af ledelsessystemer.

<sup>33</sup> Jf. de af ATP og LO afgivne høringssvar til L 170.

<sup>34</sup> Jf. det af komiteen for god selskabsledelse afgivne høringssvar til L 170.

<sup>35</sup> Jf. nærmere om den konkurrence mellem retssystemer, der er en følge af EF-domstolens praksis vedrørende selskabers etableringsfrihed (artikel 43 EF, jf. artikel 48 EF), *Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel*, Dansk selskabsret I (2. udg. 2006), s. 182-222 med henvisninger.

# Sikken fest vi har haft....

– om reguleringen af ratingbureauer

af

*Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind*

## 1. Indledning

Den finansielle krise udsprang bl.a. i det amerikanske subprime-marked og spredte sig herefter til andre finansielle markeder. Krisens omfang skyldes flere faktorer, herunder særligt at en række makro- og mikroøkonomiske faktorer har været til stede samtidigt. Manglende kontrolmekanismer samt effekten af et globaliseret finansielt marked har endvidere bidraget til krisens omfang. Mange forhold har således været medvirkende til den finansielle krise, der på kort tid og på særdeles effektiv vis lukkede den igangværende (forbrugs-)fest.

Ratingbureauerne har også spillet en væsentlig rolle i forhold til den aktuelle finansielle krise, og på EU-niveau er der da også fundet anledning til at udforme en samlet regulering af disse.<sup>1</sup> I denne artikel behandles reguleringen af disse bureauer samt betydningen heraf i relation til at genskabe tilliden til de finansielle markeder, herunder den finansielle stabilitet.

Et ratingbureau foretager vurderinger af kreditværdigheden hos virksomheder og regeringer samt af en række finansielle instrumenter, f.eks. erhvervsobligationer. Vurderingerne resulterer i en klassificering i risikokategorier – en såkaldt rating, der beskriver kreditrisikoen ved den pågældende virksomhed, regering eller det finansielle instrument. En dårlig rating indikerer, at der er stor risiko for, at et lån vil blive misligholdt af den kreditvurderede enhed, eller at en investering i et finansielt instrument vil være tabsgivende.

Kreditvurderingerne foretages dels på baggrund af regnskabsoplysninger og nøgletal og dels på baggrund af et omfattende materiale indeholdende detaljerede oplysninger om virksomheden. Vurderingerne giver kun et bil-

<sup>1</sup> Ratingbureauerne spillede dog også en ikke uvæsentlig rolle i forbindelse med Enron-skandalen i 2001.



lede af den aktuelle kreditmæssige situation på et givet tidspunkt, og de må derfor efterfølgende bekræftes eller revideres for at tage hensyn til den løbende udvikling. Som udgangspunkt bestilles og betales vurderingerne af låntagerne/udstederne selv. I så fald baseres de på såvel offentligt tilgængelige data som på oplysninger, låntageren/udstederen selv stiller til rådighed, men som ikke er offentligt tilgængelige. Det hænder dog også, at ratingbureauerne uopfordret udarbejder kreditvurderinger. Disse er i så fald alene baseret på offentligt tilgængelige oplysninger.

Vurderingerne anvendes af investorer, långivere m.fl. i forbindelse med disses investeringsbeslutninger og af låntagere i forbindelse med fremskaffelse af funding (kapitalfremskaffelse). Vurderingerne er i den forbindelse med til at afhjælpe den informationsasymmetri, der er mellem investorer og långivere på den ene side og låntagere og udstedere af gældsinstrumenter på den anden side, og giver hermed grundlag for, at beslutninger kan træffes på informeret grundlag. Vurderingerne er dog ikke anbefalinger af nogen art, og investorerne/långiverne må således forholde sig kritisk til ratingbureauernes kreditvurderinger. Finansielle virksomheder kan endvidere anvende vurderingerne som grundlag for beregning af de kapitalkrav, der stilles til virksomhederne, jf. dir. 2006/48/EF.

Ratingbureauerne spiller således en vigtig rolle på de globale kapitalmarkeder, og deres kreditvurderinger har stor indflydelse på karakteren af investoreres investeringer og på låntageres adgang til og omkostninger ved at fremskaffe kapital. Jo lavere rating, desto sværere og dyrere vil det være at fremskaffe kapital. En forringet rating kan ydermere medføre krav fra kreditgiver om indfrielse af gæld eller krav om yderligere sikkerhedsstillelse.

De største ratingbureauer er de verdensomspændende *Moody's*, *Standard and Poor's* and *Fitch Ratings*, der bl.a. også rater nogle af de større danske pengeinstitutter. De nævnte bureauer tegner sig for mere end 94 % af markedet for ratings.

Ratingbureauernes bidrag til den finansielle krise har bl.a. bestået i, at bureauerne har fejlvurderet kreditrisikoen ved en række finansielle instrumenter, herunder særligt risikoen ved strukturerede kreditprodukter. I forbindelse med finansieringen af de såkaldte subprime-lån via securitisation blev disse produkter eksempelvis tildelt en for høj rating, der ikke modsvarede de betydelige risici, der var forbundet med produkterne.<sup>2</sup> Da markedsforholdene forværredes, undlod ratingbureauerne endvidere at nedjustere deres kre-

<sup>2</sup> For nærmere om securitisation, se f.eks. *Lennart Lyng Andersen og Andreas Tamasauskas*, Securitisation som finansieringsform i Videregående Kreditret 2008, s. 183 ff. (red. *Lennart Lyng Andersen*), og *Henrik Juul*, Subprimekrisen – baggrund, state og perspektiv i Videregående Kreditret 2008, s. 213 ff. (red. *Lennart Lyng Andersen*), samt *Vibeke Krag og Andreas Tamasauskas*, Securitisation i Danmark i Erhvervskreditretlige emner, 2004, s. 72 ff. (red. *Lennart Lyng Andersen*).

ditvurderinger, og de var på denne måde med til at holde festen i gang, selv om den måske burde have været stoppet tidligere.<sup>3</sup>

## 2. Regulering af ratingbureauer

I de fleste EU-medlemsstater findes ingen regulering af ratingbureauer, og i mange mindre medlemsstater, herunder Danmark, er sådanne bureauer slet ikke etableret. I det hele taget er de fleste ratingbureauer etableret uden for EU, hvilket bl.a. har medført en meget begrænset fællesskabsretlig regulering af de bureauer, der opererer inden for EU's grænser.

### 2.1 Selvregulering – IOSCO's adfærdskodeks

Reguleringen af ratingbureauer i EU har indtil nu primært været baseret på selvregulering – navnlig på grundlag af den principerklæring og den adfærdskodeks vedrørende ratingbureauer, som den internationale børstilsynsorganisation IOSCO (International Organization of Securities Commissions) har udarbejdet, og som alle verdens ratingbureauer – uanset størrelse og national oprindelse – er omfattet af.

Den 25. september 2003 offentliggjorde IOSCO en erklæring indeholdende en række overordnede principper for ratingbureauers aktiviteter, hvis formål det var at forbedre investorbekyttelsen samt fairness, effektivitet og gennemsigtighed på værdipapirmarkedene. Spørgsmålet, hvordan principperne skulle implementeres i de enkelte ratingbureauer, tog IOSCO ikke stilling til, hvilket imidlertid gav anledning til problemer. Derfor udarbejdede IOSCO i december 2004 en mere detaljeret adfærdskodeks (Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies), der giver vejledning om, hvordan principperne fra 2003 kan implementeres i praksis. Kodeksen indeholder en række regler, der tjener som rettesnor for gennemførelsen af princippernes mål om kvalitet i kreditvurderingsprocessen, uafhængige vurderinger, gennemsigtighed og tavshedspligt. Disse bestemmelser er de grundlæggende elementer, der bør indgå i de enkelte ratingbureauers individuelle adfærdskodeks, men kodeksen er samtidig ikke designet til at være formalistisk. Tværtimod søger den at give ratingbureauerne en vis fleksibilitet i relation til, hvordan bestemmelserne indarbejdes i de enkelte ratingbureauers egne adfærdskodeks, hvilket vil kunne afhænge af de markedsmæssige og juridiske forhold, som bureauerne agerer under.

<sup>3</sup> For nærmere om finansielle kriser, se bl.a. *Finn Østrup*, Finansielle kriser (red. *Lennart Lyngge Andersen*) 2008, antologien *Finansielle kriser – betalingssystem och skuldförhållanden* (red. *Lars Gorton & Göran Millqvist*) og *Lennart Lyngge Andersen og Finn Østrup*, Reform af de finansielle markeder: Forslag i lyset af krisen, *Erhvervsjuridisk Tidsskrift* 2/2009, s. 165 ff.

IOSCO's principper og adfærdskodeks er baseret på frivillig overholdelse, og der er således ikke knyttet nogen håndhævelsesmekanismer hertil. Regelsættene beror i stedet på et »*comply or explain*«-princip, hvilket indebærer, at ratingbureauerne ikke har pligt til at implementere IOSCO's bestemmelser, men i så fald blot skal forklare, hvordan deres egne adfærdskodeks afviger fra IOSCO's kodeks, og hvordan sådanne afvigelser alligevel opfylder de mål, der er fastsat i IOSCO's principper og kodeks. Dette gør det muligt for de markedsdeltagere, der anvender ratingbureauernes kreditvurderinger, selv at vurdere, hvorvidt bureauerne har gennemført IOSCO's regler på en tilfredsstillende måde, og hvor meget lid de tør sætte til ratingbureauernes vurderinger.

IOSCO's adfærdskodeks blev revideret i maj 2008 for at imødegå nogle af de problemer, som finanskrisen afslørede, at der havde været vedrørende vurderingen af strukturerede produkter. Da ikke alle ratingbureauer foretager kreditvurderinger af strukturerede produkter, vil alle kodeksens bestemmelser ikke være anvendelige for samtlige ratingbureauer.

Har de enkelte lande fastsat regler for ratingbureauer, der adskiller sig fra IOSCO's regler, viger sidstnævnte for disse. Ellers udgør de blot et ikke-bindende supplement til de nationale regler.

## 2.2 EU-regulering

Indtil for nylig indeholdt fællesskabslovgivningen kun få aspekter, der specifikt vedrørte kreditvurderinger og ratingbureauer.

I betragtning 10 til direktiv 2003/125/EF om gennemførelse af markedsmisbrugsdirektivet (direktiv 2003/6/EF) med hensyn til redelig fremlæggelse af investeringsanbefalinger og oplysning om interessekonflikter fremgår det, at ratingbureauers udtalelser ikke i sig selv udgør en anbefaling, men at ratingbureauer dog bør overveje at indføre interne politikker og procedurer, som skal sikre, at de kreditvurderinger, de offentliggør, fremlægges på en redelig måde, og at de i tilstrækkeligt omfang afslører betydelige interesser eller interessekonflikter vedrørende de finansielle instrumenter eller udstedere, som deres kreditvurdering vedrører.

Ifølge kapitalkravsdirektivets (direktiv 2006/48/EF) art. 80 kan eksterne kreditvurderinger anvendes ved beregning af de risikovægtede værdier af engagementer. Eksterne kreditvurderinger kan dog kun benyttes til dette formål, hvis det ratingbureau, der tilvejebringer dem, er blevet godkendt af de kompetente myndigheder, jf. art. 81, stk. 1. En sådan godkendelse kan alene gives, hvis de kompetente myndigheder finder det godtgjort, at ratingbureauets vurderingsmetodologi opfylder kravene om objektivitet, uafhængighed, løbende kontrol og gennemsigtighed, og at de resulterende kreditvurderinger opfylder kravene om troværdighed og gennemsigtighed, jf. art. 81, stk. 2.

Derudover er ratingbureauerne omfattet af en række mere generelle bestemmelser i den finansielle lovgivning, bl.a. markedsmisbrugsdirektivets regler om forbud mod kursmanipulation og udnyttelse eller videregivelse af intern viden. Selvom ratingbureauernes primære opgave er at udarbejde kreditvurderinger, leverer mange ratingbureauer også andre finansielle tjenesteydelser som eksempelvis investeringsrådgivning.<sup>4</sup> I så fald er de også omfattet af reglerne i MiFID-direktivet (direktiv 2004/39/EF) om bl.a. udarbejdelsen af egnetheds- og hensigtsmæssighedstest.

### 2.2.1 Baggrund

Foranlediget af den finansielle krise fremsatte Kommissionen den 12. november 2008 et forslag til en forordning om ratingbureauer.<sup>5</sup>

I marts 2006 havde Kommissionen ellers erklæret, at den ikke fandt, at der på dette tidspunkt var behov for nye lovgivningsinitiativer i relation til ratingbureauer, da den rette balance mellem lovgivning og selvregulering på dette tidspunkt var fundet. Kommissionen gav dog samtidig udtryk for, at den havde til hensigt at overvåge udviklingen på området meget nøje, og at den var parat til at overveje nye forslag, hvis det viste sig, at IOSCO's adfærdskodeks ikke blev overholdt på tilfredsstillende vis, eller hvis markedsforholdene ændrede sig.<sup>6</sup>

Forordningsforslaget blev fremsat i erkendelse af, at sektorens selvregulering ikke havde været tilstrækkelig til at hindre alvorlige problemer, og at man ikke via selvregulering kunne genetablere tilliden til kreditvurderinger. En del af forklaringen herpå var, at mange af bestemmelserne i IOSCO's adfærdskodeks ikke var tilstrækkeligt operationelle og effektive og dermed ikke gav fornøden vejledning til ratingbureauerne i forbindelse med disses udarbejdelse af egne adfærdskodeks.<sup>7</sup>

Visse af IOSCO's regler er ganske abstrakte og generiske. Eksempelvis synes en bestemmelse som den, der findes i punkt 1.6 om, at et ratingbureau bør undgå at afgive misvisende kreditvurderinger, svært anvendelig, idet den ikke angiver, hvilke konkrete forholdsregler ratingbureauerne bør tage for at undgå dette. Samtidig synes bestemmelsen mere eller mindre unødvendig, da det modsatte udsagn slet ikke giver nogen mening. Det samme gør sig gældende for bestemmelsen i punkt 2.3 om, at en kreditvurdering kun må være baseret på forhold, der er relevante for vurderingen.

<sup>4</sup> Disse tjenesteydelser er ratingbureauerne ikke længere berettigede til at udføre, jf. nærmere nedenfor.

<sup>5</sup> KOM (2008) 704, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om kreditvurderingsbureauer. I denne artikel anvendes den mere mundrette betegnelse *ratingbureauer* i stedet for betegnelsen kreditvurderingsbureauer.

<sup>6</sup> Jf. Kommissionens meddelelse af 11/3 2006 (EUT C 59/2).

<sup>7</sup> Jf. KOM (2008) 704, pkt. 1.1, s. 3.

Samtidig var ratingbureauerne i USA i sommeren 2007 blevet underlagt regulering.<sup>8</sup> Da kreditvurderingsaktiviteter er af global karakter, fandtes det vigtigt at opstille fælles spilleregler for EU og USA ved at etablere et regelsæt i EU, der svarer til det amerikanske og bygger på samme principper.<sup>9</sup>

Arbejdet med et regelsæt om ratingbureauer begyndte i sommeren 2007, da de første tegn på problemer med ratingbureauernes vurderinger viste sig. Forslaget imødegik den beslutning, som EU's finansministre i oktober 2007 tog om, at den rolle, som ratingbureauerne hidtil havde spillet på de finansielle markeder, skulle undersøges (øko-fin-køreplanen). I den forbindelse anmodede Kommissionen CESR og ESME om råd vedrørende forskellige aspekter af ratingbureauernes aktiviteter og rolle, særligt i forbindelse med strukturerede produkter. Efter at have foretaget en omfattende høring af interesserede parter indgav CESR en rapport i maj 2008 og ESME en i juni 2008. Kommissionen modtog derudover også input fra den europæiske centralbank, kreditvurderingsbureauer og andre interesserede parter.

Forslaget blev vedtaget i april 2009, jf. pressemeddelelse af den 23. april 2009.<sup>10</sup>

#### *2.2.2 Forordningens overordnede mål og Lamfalussy-proceduren*

Forordningen har fire overordnede mål, der sigter mod at etablere et højt niveau af investorbekyttelse:

At sikre at ratingbureauerne undgår interessekonflikter, eller at de håndterer sådanne konflikter på passende vis.

At forbedre kvaliteten af ratingbureauernes vurderinger og vurderingsmetoder.

At øge gennemsigtigheden.

At sikre effektive regler om registrering og kontrol.<sup>11</sup>

Gennem disse mål søger forordningen at sikre kreditvurderinger, der er uafhængige, objektive og af høj kvalitet, hvilket er afgørende for at genskabe markedernes tillid til vurderingerne.

Forordningen er udarbejdet med udgangspunkt i Lamfalussy-proceduren, der består af 4 niveauer – 2 legislative og 2 implementerende. På niveau 1 udsteder Rådet og Europa-Parlamentet rammebestemmelser, hvor de fastlægger principper og fundamentale krav inden for det pågældende område. Under niveau 2 fastsætter Kommissionen mere detaljerede og teknisk betegnede regler til udfyldning af rammebestemmelserne (gennemførelsesforan-

<sup>8</sup> US Credit Rating Agency Reform Act of 2006 trådte i kraft den 27. juni 2007.

<sup>9</sup> Jf. KOM (2008) 704, pkt. 1.1, s. 4.

<sup>10</sup> IP/09/629. I skrivende stund foreligger forordningen ikke i endelig form, hvorfor der alene henvises til forslaget (KOM (2008) 704).

<sup>11</sup> Jf. KOM (2008) 704, pkt. 1.1, s. 4.

staltninger). På niveau 3 udarbejder repræsentanter fra medlemslandenes tilsynsmyndigheder vejledninger og anbefalinger, som skal sikre en ensartet overførsel, anvendelse og håndhævelse af lovgivningen. Endelig kontrollerer Kommissionen under niveau 4 gennemførelsen og håndhævelsen af reglerne.

Det første regelsæt, der så dagens lys under anvendelse af Lamfalussy-proceduren, var markedsmisbrugsdirektivet (direktiv 2003/6/EF om insiderhandel og kursmanipulation). Selve markedsmisbrugsdirektivet er et niveau 1-direktiv, mens gennemførelsesforanstaltningerne under niveau 2 udgøres af direktiv 2003/124/EF, direktiv 2003/125/EF, direktiv 2004/72/EF og forordning nr. 2273/2003. I modsætning til markedsmisbrugsdirektivet findes både rammebestemmelserne og gennemførelsesforanstaltningerne fsva. reguleringen af ratingbureauer inden for samme regelsæt. Således indeholder den centrale del af den foreslåede forordning en række principper, der skal sikre opfyldelsen af forordningens oven for nævnte fire centrale mål. De tekniske detaljer, som præciserer principperne, findes i bilag til forordningen. Bestemmelserne i disse bilag kan ændres af Kommissionen i overensstemmelse med Rådets afgørelse 1999/468/EF af 28. juni 1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen.<sup>12</sup>

### 2.2.3 Forordningens anvendelsesområde

Forordningen finder anvendelse på kreditvurderinger, der anvendes af kreditinstitutioner, investeringsselskaber, forsikrings-, livsforsikrings- og genforsikringsselskaber, kollektive investeringsordninger (UCITS) og arbejds-markedsorienterede pensionsfonde, jf. art. 2, stk. 1. Forordningen finder anvendelse på de kreditvurderinger, der af de nævnte finansielle virksomheder anvendes i reguleringsøjemed eller til andre formål.

Med anvendelse i *reguleringsøjemed* må antages at menes anvendelse med henblik på at opfylde fællesskabslovgivningen, f.eks. de kapitalkrav, der følger af kapitalkravsdirektivet (dir. 2006/48/EF).<sup>13</sup>

Forordningen finder ikke anvendelse på private kreditvurderinger eller på vurderinger, der afgives af offentlige organer, hvis kreditvurderinger ikke offentliggøres og ikke betales for af den kreditvurderede enhed, jf. art. 2, stk. 2.

<sup>12</sup> EFT L 184 af 17. juli 1999, s. 23.

<sup>13</sup> Jf. KOM (2008) 704, pkt. 2.5.5, s. 10.

Med *private kreditvurderinger* må antages at menes finansielle virksomheders kreditvurderinger til internt brug i forbindelse med udlån samt finansielle virksomheders afgivelse af soliditetsoplysninger om en kunde til en ekstern rekvirent.

De nævnte finansielle virksomheder kan kun anvende kreditvurderinger i reguleringssøjemed, hvis vurderingerne er afgivet af ratingbureauer, der *både* er etableret i Fællesskabet og registreret i henhold til forordningen, jf. art. 4, stk. 1.

### **2.3 Forholdet mellem IOSCO's adfærdskodeks og EU-forordningen**

Selvom der nu er vedtaget en forordning på EU-niveau, så eksisterer IOSCO's adfærdskodeks fortsat. Vi er således nu i en situation, hvor branchens selvregulering og formelt vedtagne EU-regler regulerer samme virksomhedsområde og -aktivitet. Forordningens retligt bindende regler vil selv sagt have forrang i forhold til IOSCO's adfærdskodeks. I det omfang, at visse spørgsmål ikke reguleres i forordningen, må adfærdskodeksen imidlertid antages ikke at være uden betydning ved fastlæggelsen af gældende ret.

## **3. Forordningens indhold**

En del af forordningens regler er baseret på bestemmelserne i IOSCO's adfærdskodeks. Derudover introducerer forordningen også en række nye initiativer med henblik på at sikre uafhængige og objektive kreditvurderinger af høj kvalitet. Iagttagelse af reglerne om interessekonflikter, vurderingskvalitet og gennemsigtighed er tillige en betingelse for opnåelse af registrering og dermed tilladelse til at udøve virksomhed som ratingbureau i EU, jf. nærmere neden for afsnit i 3.4.

### **3.1 Interessekonflikter**

Det forhold, at det som oftest er udstederne af de finansielle instrumenter eller de potentielle låntagere, som betaler for udarbejdelsen af kreditvurderingerne, skaber en vis risiko for, at dette vil påvirke vurderingerne. Det er imidlertid afgørende for tilliden til ratingbureauerne, at disses kreditvurderinger er uafhængige og objektive og ikke påvirkes af bureauets egne forretningsinteresser. Såvel IOSCO's adfærdskodeks som den nye forordning indeholder derfor regler, der skal sikre, at interessekonflikter undgås eller håndteres på passende vis. Forordningens regler om interessekonflikter findes i art. 5 og 6 samt bilag 1, afsnit A-C. Reglerne om interessekonflikter relaterer sig til såvel de ansatte som til virksomheden som sådan.

#### *3.1.1 Organisatoriske krav*

Af bilag 1, afsnit A, punkt 2 fremgår, at ratingbureauer skal organiseres således, at det sikres, at deres forretningsinteresser ikke påvirker vurderingsprocessens uafhængighed og nøjagtighed. Det indebærer bl.a., at ratingbu-

reauerne skal træffe organisatoriske og administrative foranstaltninger, herunder fastsætte interne politikker og procedurer for at identificere, forebygge og håndtere eksisterende og potentielle interessekonflikter, der kan påvirke de analyser og vurderinger, som de ansatte kreditvurderingsanalytikere foretager, jf. bilag 1, afsnit A, punkt 3 og 5 samt afsnit B, punkt 1.<sup>14</sup>

Ratingbureauerne skal bl.a. føre et register over alle de alvorlige trusler, der kan være i relation til bureauets uafhængighed. Af dette register skal de beskyttelsesforanstaltninger, der træffes for at imødegå disse trusler, tillige fremgå, jf. bilag 1, afsnit A, punkt 5.<sup>15</sup>

Ratingbureauerne skal endvidere udforme deres kommunikationskanaler således, at det sikres, at de analytikere, der forestår vurderingerne, og de valideringsansvarlige, der godkender vurderingerne, isoleres fra de kommercielle sider af ratingbureauernes aktiviteter, jf. bilag 1, afsnit B, punkt 6.<sup>16</sup>

Herudover må lønordningerne for de ansatte, der beskæftiger sig med kreditvurdering, ikke være afhængige af den indtægt, som ratingbureauet får fra de kreditvurderede enheder, som de ansatte leverer vurderinger til, jf. art. 6, stk. 6.<sup>17</sup> Aflønningen skal derimod være baseret på arbejdets kvalitet, nøjagtighed, grundighed og integritet.

Kreditvurderingsanalytikerne skal være omfattet af en rotationsordning, da langvarige forbindelser med samme kreditvurderede enheder kan påvirke uafhængigheden. En analytiker eller en valideringsansvarlig må således ikke være involveret i leveringen af kreditvurderingstjenester til den samme kreditvurderede enhed i mere end 4 år og må herefter først tilknyttes vedkommende enhed igen efter 2 år, jf. art. 6, stk. 4.<sup>18</sup>

Endelig skal ratingbureauerne have et administrations- eller tilsynsorgan, der bl.a. er ansvarlig for at sikre en uafhængig vurderingsproces og identifikation og håndtering af interessekonflikter samt information om sådanne. Dette organ skal have mindst tre uafhængige menige medlemmer i henhold til punkt 13 i afsnit III i Kommissionens henstilling nr. 2005/162/EF.<sup>19</sup> Aflønningen af disse medlemmer må ikke afhænge af ratingbureauets driftsresultater. De uafhængige medlemmer kan højst sidde i administrations- eller tilsynsorganet i fem år. Flertallet af organets medlemmer, herunder alle de uafhængige medlemmer, skal have en tilstrækkelig ekspertise inden for finansielle tjenester, og mindst ét uafhængigt medlem bør have et indgående

<sup>14</sup> Sml. punkt 2.6 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>15</sup> En tilsvarende bestemmelse findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>16</sup> Sml. punkt 2.5 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>17</sup> Sml. punkt 2.11a i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>18</sup> En tilsvarende bestemmelse findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>19</sup> Kommissionens henstilling af 15. februar 2005 om den rolle, der spilles af menige bestyrelsesmedlemmer og medlemmer af tilsynsorganer i børsnoterede selskaber og om udvalg nedsat i bestyrelsen/ledelsesorganet.



kendskab og stor erfaring på ledelsesniveau om markederne for struktureret kredit og securitisation. For at sikre, at der ikke forekommer interessekonflikter, har de uafhængige medlemmer af organet en specifik opgave, der består i at overvåge effektiviteten af ratingbureauets interne kvalitetskontrollsystemer vedrørende kreditvurderingsprocessen, jf. forordningens bilag 1, afsnit A, punkt 1 og 2.<sup>20</sup>

### 3.1.2 Tilladte aktiviteter

For at undgå potentielle interessekonflikter lægger forordningen desuden en række begrænsninger på ratingbureauernes aktiviteter, der alene må angå kreditvurdering og hermed forbundne aktiviteter (accessoriske tjenester). Derimod må bureauerne ikke drive konsulentvirksomhed eller udføre rådgivende opgaver.<sup>21</sup> De må især ikke fremsætte forslag eller give anbefalinger om udformningen af strukturerede finansielle instrumenter, jf. bilag 1, afsnit B, punkt 4 og 5.<sup>22</sup>

Hvad der nærmere betragtes som *accessoriske tjenester* er ikke defineret i forordningen. Ratingbureauerne kan således selv fastsætte, hvad de betragter som accessoriske tjenester. De skal blot sikre sig, at disse tjenester ikke medfører en interessekonflikt i forhold til deres kreditvurderingsaktiviteter, jf. bilag 1, afsnit B, punkt 4.<sup>23</sup>

Under visse omstændigheder må ratingbureauerne og/eller deres ansatte end ikke afgive almindelige kreditvurderinger. Således må en ansat ikke deltage i udarbejdelsen eller godkendelsen af en kreditvurdering af en bestemt kreditvurderet enhed, hvis vedkommende direkte eller indirekte ejer finansielle instrumenter hos denne enhed eller hos en enhver enhed, der er tilknyttet den kreditvurderede enhed, idet dette vil kunne så tvivl om vedkommendes objektivitet, jf. bilag 1, afsnit C, punkt 2a og 2b.<sup>24</sup> Har den ansatte alligevel haft anledning til at deltage i fastsættelsen af kreditvurderingen, må ratingbureauet ikke afgive vurderingen, jf. bilag 1, afsnit B, punkt 3a.<sup>25</sup> Det samme gælder, hvis den kreditvurderede enhed direkte eller indirekte er forbundet med ratingbureauet ved et kontrolforhold, eller hvis den analytiker, der har deltaget i udarbejdelsen af en kreditvurdering, eller den valideringsansvarlige, der har godkendt en kreditvurdering, er medlem af den kreditvur-

<sup>20</sup> Tilsvarende bestemmelse findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>21</sup> Et tilsvarende forbud findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>22</sup> Sml. punkt 1.14-1 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>23</sup> Sml. punkt 2.5 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>24</sup> Sml. punkt 2.13a-b i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>25</sup> IOSCO's adfærdskodeks har ikke en lignende bestemmelse, der tager højde for konsekvenserne af, at en ikke-uafhængig ansat har deltaget i udarbejdelsen af kreditvurderingen.

derede enheds administrations-, forvaltnings- eller tilsynsorgan, jf. bilag 1, afsnit B, punkt 3b og 3c.<sup>26</sup>

Har den ansatte tidligere været ansat hos eller haft et andet (forretnings)forhold til den kreditvurderede enhed, kan dette ligeledes begrænse vedkommendes mulighed for at deltage i udarbejdelsen eller godkendelsen af en kreditvurdering, jf. bilag 1, afsnit C, punkt 2c.<sup>27</sup> For at sikre objektive vurderinger må ansatte, der er direkte involveret i vurderingsprocessen, endvidere først påtage sig en ledende stilling i den kreditvurderede enhed 6 måneder efter afgivelsen af den pågældende kreditvurdering, jf. bilag 1, afsnit C, punkt 7.<sup>28</sup>

Med *ledende stilling* må antages at menes en sådan stilling, der er omfattet af fil. § 64, og som er underlagt Finanstilsynets tilsyn.

### 3.1.3 Oplysningsforpligtelser

Som et led i håndteringen af interessekonflikter er ratingbureauerne underlagt en række oplysningsforpligtelser. Oplysningerne skal sætte markedsdeltagerne i stand til at vurdere omfanget af ratingbureauernes uafhængighed og kreditvurderingernes objektivitet. Over for markedet og kunderne skal bureauerne således offentliggøre navnene på de kreditvurderede enheder eller tilknyttede tredjeparter, hvorfra de modtager mere end 5 % af deres årlige indtægt, jf. bilag 1, afsnit B, punkt 2.

Denne regel er strengere end den lignende regel i punkt 2.8b i IOSCO's adfærdskodeks. Ifølge denne skal ratingbureauerne kun oplyse, hvis de modtager 10 % eller mere af deres årlige indtægt fra en enkelt kreditvurderet enhed. Det er ligeledes ikke et krav ifølge IOSCO, at der skal oplyses om, specifikt fra hvem denne indtægt stammer.

Kan interessekonflikter ikke undgås, skal der endvidere gives fuldstændige, rettidige, klare, præcise, specifikke og tilstrækkeligt synlige oplysninger om disse, jf. art. 9, stk. 1 samt bilag 1, afsnit B, punkt 1 og bilag 1, afsnit E, del I, punkt 2.<sup>29</sup>

IOSCO's adfærdskodeks indeholder en række bestemmelser, som ikke genfindes i forordningen, f.eks. en regel om, at ratingbureauer, der fra en kreditvurderet enhed modtager kompensation, der ikke relaterer sig til kreditvurderingsaktiviteterne, skal oplyse, hvor stor en andel dette beløb udgør i forhold til indtægten ved egentlige kreditvurderingstjenester (punkt 2.8a). I adfærdskodeksen findes også en regel om, at ratingbureauer i det tilfælde, hvor de kreditvurderer enheder, f.eks. regeringer, der har visse opsyns-

<sup>26</sup> Tilsvarende bestemmelser findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>27</sup> Sml. punkt 2.13c-e i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>28</sup> En tilsvarende bestemmelse findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>29</sup> Sml. punkt 2.7 i IOSCO's adfærdskodeks.

/tilsynsmæssige beføjelser i forhold til ratingbureauet, skal anvende andre medarbejdere til selve kreditvurderingsopgaven end de, der er involveret i aktiviteterne vedrørende opsyn/tilsyn (punkt 2.10). I forhold til at forordningen søger at etablere et højt investorbekyttelsesniveau, så synes det tankevækkende, at ikke alle bestemmelserne i IOSCO's adfærdskodeks vedrørende interessekonflikter er medtaget i forordningen.

### 3.2 Vurderingskvalitet

De kreditvurderinger, som ratingbureauerne foretog før den finansielle krisens begyndelse i 2007, afspejlede ikke alle markedsvilkårene for de underliggende aktiver. En af årsagerne til dette var sandsynligvis en række svagheder i de vurderingsmetoder, som ratingbureauerne havde anvendt, ikke mindst i forbindelse med vurderingen af strukturerede produkter. For at kreditvurderingerne kan være et brugbart redskab, forudsætter det imidlertid, at vurderingerne er pålidelige og af god kvalitet. Med henblik på at sikre dette opstiller forordningen regler, som skal forbedre kreditvurderingernes kvalitet.

Forordningen indeholder ingen bestemmelser, der direkte vedrører indholdet i de vurderingsmetoder og -modeller, som ratingbureauerne anvender i vurderingsprocessen. Af bilag 1, afsnit A, punkt 6 fremgår alene, at ratingbureauerne skal anvende passende systemer til at sikre kontinuitet og regelmæssighed i gennemførelsen af deres kreditvurderinger.<sup>30</sup> De anvendte metoder og modeller skal regelmæssigt kontrolleres og ajourføres, og til dette formål skal der etableres en egentlig kontrolfunktion, som skal være uafhængig af de forretningsområder, der beskæftiger sig med kreditvurderinger.<sup>31</sup> Denne kontrolfunktion rapporterer direkte til de uafhængige medlemmer af det nævnte administrations- eller tilsynsorgan, jf. bilag 1, afsnit A, punkt 7. Sker der ændringer i de metoder og modeller, som ratingbureauerne anvender, skal bureauet revidere de påvirkede kreditvurderinger så hurtigt som muligt, dog senest 6 måneder efter ændringerne, samt revidere alle kreditvurderinger, der er udarbejdet på grundlag af de pågældende metoder og modeller, jf. art. 7, stk. 5.<sup>32</sup>

Forordningen stiller derimod krav til vurderingsgrundlaget, idet det af art. 7, stk. 2 fremgår, at kreditvurderingerne skal være baseret på en analyse af alle de oplysninger, som ratingbureauet er i besiddelse af, og som er relevante i forhold til de anvendte vurderingsmetoder.<sup>33</sup> Ratingbureauerne skal i

<sup>30</sup> Se også præambelens betragtning 14, hvoraf fremgår, at ratingbureauerne bør anvende vurderingsmetoder, der er stringente, systematiske og tidsmæssigt sammenhængende, og som resulterer i vurderinger, der kan valideres på baggrund af den historiske erfaring. Sml. punkt 1.2 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>31</sup> Sml. punkt 1.7-2 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>32</sup> En tilsvarende bestemmelse findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>33</sup> Sml. punkt 1.4 og 2.3 i IOSCO's adfærdskodeks.

den forbindelse træffe alle nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de oplysninger, som de anvender, er af tilstrækkelig kvalitet og stammer fra pålidelige kilder.<sup>34</sup> I de tilfælde, hvor manglen på pålidelige oplysninger eller kompleksiteten af en ny type struktureret finansielt instrument kan give anledning til usikkerhed om, hvorvidt ratingbureauet kan afgive en pålidelig kreditvurdering, bør ratingbureauet afstå fra at afgive en vurdering eller trække en eksisterende vurdering tilbage, jf. bilag 1, afsnit D, del I, punkt 3.<sup>35</sup>

Afgiver et ratingbureau en kreditvurdering af strukturerede finansielle instrumenter, skal de ratingkategorier, der anvendes for disse produkter, klart adskilles fra de ratingkategorier, der anvendes for andre typer kreditvurderede enheder eller finansielle instrumenter, jf. art. 8, stk. 3.<sup>36</sup> Dette hænger sammen med, at strukturerede produkter kan have andre virkninger end traditionelle finansielle instrumenter, hvorfor det kan være vildledende for investorerne, hvis der anvendes samme ratingkategori for begge typer instrumenter.

Foretager ratingbureauet uopfordret en kreditvurdering af en given virksomhed eller af et givet finansielt instrument, skal denne tillige angives med en anden ratingkategori, jf. art. 8, stk. 5.

Ratingbureauerne skal kontrollere deres kreditvurderinger og løbende revidere disse for at holde dem ajour og i overensstemmelse med eventuelle ændringer af de finansielle forhold.<sup>37</sup> I den forbindelse skal ratingbureauerne have interne procedurer til at overvåge konsekvenserne af makroøkonomiske ændringer eller ændringer af de finansielle markedsbetingelser, jf. art. 7, stk. 4. Denne bestemmelse sikrer, at ratingbureauerne ikke alene koncentrerer deres indsats om den første vurdering, men også fokuserer på kreditvurderingernes løbende kvalitet.

Kvalificerede kreditvurderinger er afhængige af, at ratingbureauerne er i besiddelse af kvalificerede ansatte. Derfor stilles der i art. 6, stk. 1 krav om, at de medarbejdere, der er direkte involveret i kreditvurderingsprocessen, skal besidde en passende viden og erfaring i forhold til de opgaver, som de udfører.<sup>38</sup> I forlængelse heraf skal ratingbureauerne tillige sikre sig, at de er

<sup>34</sup> Sml. punkt 1.7 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>35</sup> Sml. punkt 1.7-3 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>36</sup> Sml. punkt 3.5b i IOSCO's adfærdskodeks, hvori det yderligere anføres, at ratingbureauet klart skal definere et givet rating symbol og anvende det på en ensartet måde for alle typer af værdipapirer, som dette symbol vedrører.

<sup>37</sup> Sml. punkt 1.9 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>38</sup> Sml. punkt 1.4 i IOSCO's adfærdskodeks.

i besiddelse af et tilstrækkeligt antal ansatte til at kunne afgive og ajourføre kvalificerede kreditvurderinger, jf. præambelens betragtning 12.<sup>39</sup>

Til støtte for sine kreditvurderinger skal ratingbureauerne føre registre over alle bureauets aktiviteter, herunder registre over aftaler med den kreditvurderede enhed eller dens tilknyttede tredjepart og over alle væsentlige elementer af dialogen med den kreditvurderede enhed og dens tilknyttede tredjeparter. Disse registre skal opbevares i mindst fem år og stilles til rådighed for de kompetente myndigheder, når de anmoder herom, jf. bilag 1, afsnit B, punkt 7 og 8.<sup>40</sup>

Som tilfældet er med reguleringen af interessekonflikter, indeholder IOSCO's adfærdskodeks en række bestemmelser vedrørende kreditvurderingernes kvalitet, som ikke er videreført i forordningen, f.eks. bestemmes det i punkt 1.14, at et ratingbureau ikke forud for kreditvurderingen bør give garanti for en bestemt rating – et forhold, der umiddelbart synes selvfølgelig og derfor ikke nødvendigt at regulere.

### 3.3 Gennemsigtighed

Som nævnt er det et centralt mål med forordningen at øge gennemsigtigheden, idet det vil gøre det nemmere for markedsdeltagerne at forstå, hvad vurderingerne betyder og at beslutte, om de vil stole på et bestemt ratingbureau eller en bestemt kreditvurdering. Spørgsmålet om gennemsigtighed vedrører dels selve kreditvurderingerne og de i forbindelse med disse anvendte metoder og dels andre forhold.

#### 3.3.1 Kreditvurderinger og kreditvurderingsmetoder

Ratingbureauerne skal ifølge art. 7, stk. 1 offentliggøre de metoder, modeller og vigtigste udgangshypoteser, som de generelt anvender i vurderingsprocessen.<sup>41</sup> Dette skal give markedsdeltagere mulighed for at kontrollere pålideligheden af de anvendte metoder m.m. og verificere de afgivne kreditvurderinger. Sker der ændringer i disse metoder og modeller, skal dette ligeledes offentliggøres sammen med en angivelse af omfanget af de kreditvurderinger, der forventes at blive påvirket som følge heraf, jf. art. 7, stk. 5 og bilag 1, afsnit D, del I, punkt 5.<sup>42</sup>

Foretager ratingbureauet kreditvurdering af strukturerede produkter, og anvender de ikke en anden ratingkategori for disse, skal de offentliggøre en rapport med en detaljeret beskrivelse af den vurderingsmetode, der anvendes, og en forklaring på, hvorledes metoden adskiller sig fra fastsættelsen af vurderinger af andre typer kreditvurderede enheder eller

<sup>39</sup> Sml. punkt 1.7 og 1.9 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>40</sup> Sml. punkt 1.5 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>41</sup> Sml. punkt 3.5 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>42</sup> Sml. punkt 3.10 i IOSCO's adfærdskodeks, hvori det anføres, at ændringer i metoderne og modellerne bør offentliggøres, inden de træder i kraft.

finansielle instrumenter, og hvorledes de kreditrisikokarakteristika, der er forbundet med et struktureret finansielt instrument, adskiller sig fra de risici, der er forbundet med enhver anden type kreditvurderet enhed eller finansielt instrument, jf. art. 8, stk. 3.<sup>43</sup>

Ratingbureauet skal offentliggøre resultatet af enhver kreditvurdering eller enhver beslutning om at suspendere en kreditvurdering. Dette skal ske rettidigt og på et ikke-selektivt grundlag, jf. art. 8, stk. 1.<sup>44</sup> Bilag 1, afsnit D indeholder en række oplysninger, der skal gives i forbindelse med fremlæggelsen af en kreditvurdering. Således skal bl.a. alle væsentlige kilder, der anvendes til at udarbejde kreditvurderingen, anføres, ligesom det skal oplyses, hvis kreditvurderingen er blevet ændret efter fremlæggelse for den kreditvurderede enhed. Endvidere skal den vigtigste metode, som blev anvendt til fastsættelse af vurderingen, klart angives med en henvisning til en fuldstændig beskrivelse heraf.<sup>45</sup> Ligeledes skal meningen med hver ratingkategori forklares sammen med angivelsen af enhver passende risikoadvarel ledsaget af værst tænkeligt scenario- og bedst tænkeligt scenariovurderinger, jf. bilag 1, afsnit D, del I, punkt 2.<sup>46</sup>

Ratingbureauet skal tillige anføre den dato, hvor kreditvurderingen første gang blev frigivet, og datoen, hvor den sidst blev ajourført. Stopper ratingbureauet med at ajourføre en given kreditvurdering, skal dette ifølge punkt 1.10 i IOSCO's adfærdskodeks ligeledes angives.

Derudover skal ratingbureauerne sikre, at alle aspekter og begrænsninger for kreditvurderingen klart og tydeligt fremgår, herunder angive, om de finder kvaliteten af de oplysninger, der er tilgængelige om den kreditvurderede enhed, tilfredsstillende, og i hvilket omfang de har kontrolleret de oplysninger, som er blevet leveret af den kreditvurderede enhed, jf. bilag 1, afsnit D, del I, punkt 3.<sup>47</sup> Dette skal hjælpe investorerne til at opnå en bedre forståelse af, i hvilket omfang vurderingen kan anvendes i forhold til den kreditvurderede enhed.

Foretager ratingbureauet uopfordret en kreditvurdering af en given virksomhed eller af et givet finansielt instrument, vil det alene have adgang til et begrænset vurderingsgrundlag, jf. afsnit 1. I disse tilfælde skal ratingbureauet oplyse om, at den kreditvurderede enhed ikke har deltaget i vurderingsprocessen, og at ratingbureauet »ikke har haft adgang til

<sup>43</sup> En tilsvarende bestemmelse findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>44</sup> Sml. punkt 3.4 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>45</sup> Sml. punkt 3.3 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>46</sup> Sml. punkt 3.5 i IOSCO's adfærdskodeks, hvoraf fremgår, at længden af den periode, som ratingbureauet anvendte til at udarbejde kreditvurderingen, ligeledes skal oplyses.

<sup>47</sup> Sml. punkt 3.5c i IOSCO's adfærdskodeks.

regnskaber og andre relevante interne dokumenter«, jf. art. 8, stk. 5.<sup>48</sup> Det kan anføres, at en kreditvurdering, der ikke er foretaget på baggrund af sådanne dokumenter, ikke umiddelbart tilfører nogen særlig værdi til investorer og långivere i relation til disses opfattelse af den kreditvurderede enheds kreditværdighed. En oplysningsforpligtelse kompenserer selvsagt ikke herfor, men er dog nødvendig for at gøre investorer og långivere opmærksomme på forholdet.

I relation til vurderinger af strukturerede produkter skal der gives en række yderligere oplysninger, idet der også skal oplyses om den tabs- og pengestrømsanalyse, som ratingbureauet har foretaget, jf. bilag 1, afsnit D, del II, punkt 1,<sup>49</sup> ligesom det skal angives, i hvilket omfang ratingbureauet har evalueret de procedurer for fornøden omhu, der skal gennemføres for så vidt angår strukturerede produkters underliggende aktiver, jf. bilag 1, afsnit D, del II, punkt 2.<sup>50</sup>

### 3.3.2 Andre forhold

Foruden oplysninger om kreditvurderinger og kreditvurderingsmetoder skal ratingbureauerne give en række yderligere oplysninger.

For at sikre gennemsigtighed om interne processer og procedurer skal ratingbureauerne således oplyse om, hvilke aktiviteter der betragtes eller ikke betragtes som accessoriske tjenester, om deres politik for offentliggørelse af kreditvurderinger,<sup>51</sup> deres lønordningers generelle karakter, deres politikker vedrørende uopfordrede kreditvurderinger samt væsentlige ændringer af deres praksis, procedurer og processer, jf. art. 8, stk. 4, art. 9, stk. 1 og bilag 1, afsnit E, del I, punkt 2, 3, 4 og 6.

Med henblik på at give markedsdeltagerne mulighed for at bedømme kvaliteten af de kreditvurderinger, som ratingbureauerne foretager, og sammenligne de enkelte bureauers arbejde, skal ratingbureauerne stille oplysninger om deres hidtidige driftsresultater og tidligere kreditvurderingsaktiviteter til rådighed. Endvidere skal bureauerne halvårligt give oplysninger om historiske misligholdelsesrater for deres ratingkategorier, og om, hvorvidt disse har ændret sig i tidens løb. Ratingbureauerne skal således oplyse, om der inden for hver kategori har forekommet misligholdelse.<sup>52</sup> Disse oplysninger skal stilles til rådighed i et centralt register, der oprettes af CESR, og som vil være offentligt tilgængeligt, jf. art. 9, stk. 2 og bilag 1, afsnit E, del II, punkt 1.

<sup>48</sup> Sml. punkt 3.9 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>49</sup> Sml. punkt 3.5a i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>50</sup> En tilsvarende bestemmelse findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>51</sup> Sml. punkt 3.2 i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>52</sup> Sml. punkt 3.8 i IOSCO's adfærdskodeks.

Ratingbureauerne skal årligt offentliggøre en rapport om åbenhed og klarhed, der bl.a. skal indeholde oplysninger om ratingbureauets retlige form og ejerskab, en beskrivelse af det interne kvalitetskontrollsystem, statistikker for, hvor stor en del af personalet, der er beskæftiget med nye kreditvurderinger, revisionen af eksisterende kreditvurderinger samt evaluering og forvaltning af de anvendte metoder og modeller. Rapporten skal tillige indeholde oplysninger om bl.a. resultatet af den årlige interne kontrol af kravet om uafhængighed og finansielle oplysninger om kreditvurderingsbureauets indtægt fordelt mellem indtægter hidrørende fra kreditvurderingsaktiviteterne og de øvrige aktiviteter. Rapporten skal offentliggøres senest 3 måneder efter hvert regnskabsårs afslutning og skal være tilgængelig på ratingbureauets hjemmeside i mindst 5 år, jf. art. 10 og bilag 1, afsnit E, del III.<sup>53</sup>

Endelig skal ratingbureauerne over for de kompetente myndigheder i hjemlandet årligt stille forskellige oplysninger til rådighed, som dog ikke skal offentliggøres. Det drejer sig om en liste over ratingbureauets 20 største kunder efter indtægt samt en liste over ratingbureauets kunder, hvis bidrag til væksten i bureauets indtægt i det forudgående regnskabsår oversteg væksten i bureauets samlede indtægt i det pågældende år med en faktor på over 1,5. Hver af disse kunder skal dog kun anføres på listen, når de i det pågældende år repræsenterede mere end 0,25 % af kreditvurderingsbureauets samlede indtægt på verdensplan, jf. art. 9, stk. 3 og bilag 1, afsnit E, del II, punkt 2.<sup>54</sup>

Også i relation til spørgsmålet om gennemsigtighed gør det sig gældende, at visse af IOSCO's bestemmelser ikke er medtaget i forordningen. Det drejer sig bl.a. om bestemmelsen i punkt 3.5a om, at ratingbureauet skal offentliggøre i hvilket omfang, det undersøger, hvor følsom en kreditvurdering af et struktureret produkt er over for ændringer i de underliggende udgangshypoteser. Ligeledes fremgår det af punkt 3.7, at ratingbureauerne forud for udstedelsen af en kreditvurdering skal informere udstederen af de pågældende finansielle instrumenter om, hvilken information og grundlæggende overvejelser, som vurderingen vil blive baseret på, og herved give vedkommende mulighed for at rette eventuelle misforståelser.

### **3.4 Procedure og betingelser for registrering**

For at sikre et højt niveau af tillid til ratingbureauers kreditvurderinger skal bureauerne være genstand for forudgående registrering, herunder en omfattende godkendelsesproces, ligesom de skal være underlagt et effektivt tilsyn. Reglerne om registrering og tilsyn har tillige til formål at hindre rating-

<sup>53</sup> En tilsvarende bestemmelse findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.

<sup>54</sup> En tilsvarende bestemmelse findes ikke i IOSCO's adfærdskodeks.



bureauernes forum-shopping og regelarbitrage mellem de enkelte medlemsstaters jurisdiktioner.

På nuværende tidspunkt har ingen af medlemsstaterne i EU et omfattende regelsæt for registrering af ratingbureauer henholdsvis tilsyn med afgivelse af kreditvurderinger.<sup>55</sup> Forordningens afsnit III indeholder imidlertid regler om *tilsyn med kreditvurderingsaktiviteterne*, herunder reglerne om procedure for meddelelse, suspension og inddragelse af registrering.<sup>56</sup>

For at et ratingbureaus kreditvurderinger kan anvendes i reguleringssøjemed af de i afsnit 2 nævnte virksomheder, skal ratingbureauet, såfremt det er en juridisk person *etableret inden for Fællesskabet*, registreres, jf. art. 12, stk. 1 smh. art. 4.

Investeringsselskaber og kreditinstitutter må endvidere kun udføre ordrer på deres kunders vegne mht. kreditvurderede finansielle instrumenter, hvis disse er vurderet af et registreret ratingbureau, jf. art. 4.

*Efter offentliggørelse i Den Europæiske Unions Tidende* gælder en sådan registrering for hele Fællesskabets område, jf. art. 12, stk. 2.

Det følger af art. 4 smh. betragtning 27, at ratingbureauer med hovedsæde uden for EU pålægges at etablere en dattervirksomhed i EU. Herved sikres kvaliteten i tilsynet. Det vil sige, at de i f.eks. Japan og USA baserede ratingbureauer fremover skal etablere datterselskaber i EU for at kunne afgive kreditvurderinger af finansielle virksomheder etableret i EU.

Ratingbureauer, der er registreret, skal til enhver tid overholde betingelserne for den første registrering, jf. art. 12, stk. 3. Den kompetente myndighed i hjemlandet skal desuden underrettes om enhver væsentlig ændring af betingelserne for opnåelsen af den første registrering.

Hver medlemsstat skal udpege en kompetent myndighed i relation til denne forordning. Myndigheden skal have fornødent personale med henblik på gennemførelsen af forordningen, jf. art. 19. Myndighedens beføjelser følger af art. 20, jf. nærmere nedenfor. Det må antages, at Finanstilsynet vil blive udpeget som kompetent myndighed i Danmark.

Det er den kompetente myndighed i ratingbureauets hjemland, dvs. der hvor ratingbureauet har sit vedtægtsmæssige hjemsted, der meddeler registrering af bureauet, hvis betingelserne for at kunne afgive kreditvurderinger er opfyldt. Myndigheden i hjemlandet kan ikke indføre supplerende betingelser for registreringen, der ikke følger af forordningen, jf. art. 12, stk. 4 og 5. Det vil sige – hvilket også følger af det forhold, at området reguleres ved en for-

<sup>55</sup> Jf. forordningsforslaget pkt. 2.3, s. 7.

<sup>56</sup> IOSCO's adfærdskodeks indeholder ingen regler om registrering og tilsyn.

ordning – at betingelserne for at opnå registrering er ens i hele Fællesskabet, og at de enkelte medlemsstater ikke kan indføre yderligere betingelser for registrering. Ydermere medfører registreringen, at der er tilladelse til at agere inden for hele Fællesskabet, hvilket i princippet svarer til single license-princippet, som bl.a. anvendes i dir. 2006/48/EF.

Med forordningen indføres desuden en ordning, hvor CESR er det kontaktpunkt, som ratingbureauerne – uafhængig af hjemland – skal indgive en ansøgning om registrering til.<sup>57</sup> Allerede fra starten er CESR således involveret i processen. Ansøgningen til CESR skal indeholde oplysninger om de i bilag II anførte forhold, jf. art. 13, stk. 1. Det vil sige oplysninger om bl.a. ratingbureauets fulde navn samt adressen på det vedtægtsmæssige hjemsted i Fællesskabet, kontaktpersons navn og kontaktoplysninger samt ratingbureauets juridiske status. Bureauet skal angive oplysninger om, for hvilken kreditvurderingsklasse det ansøger om at blive registreret.

*Kreditvurderingsklasse* må ikke forveksles med *ratingkategori*, der anvendes som symbol med henblik på at identificere hver kreditvurdering inden for hver kreditvurderingsklasse. Dette sker for at kunne sondre mellem de risikokarakteristika, der kendetegner de forskellige typer af kreditvurderede enheder, udstedere og finansielle instrumenter, jf. art. 3, stk. 1 litra f.

Ansøgningen skal endvidere indeholde en beskrivelse af de procedurer og metoder, der anvendes til afgivelse og ajourføring af kreditvurderinger. Der skal oplyses om politikker og procedurer, der anvendes til identifikation og håndtering af interessekonflikter, ligesom der skal oplyses om driftsplan, herunder om den type aktivitet der påtænkes, og om hvor de væsentligste forretningsaktiviteter forventes at ville finde sted.<sup>58</sup>

Efter modtagelsen af ansøgningen om registrering videregiver CESR ansøgningen til den kompetente myndighed i hjemlandet og informerer de kompetente myndigheder i de øvrige medlemsstater herom. Videregivelsen af ansøgningen til hjemlandets kompetente myndighed skal ske senest 10 dage efter, at CESR har modtaget ansøgningen, jf. art. 13, stk. 3.

Senest 10 dage efter ansøgningen om registrering er modtaget, skal myndigheden undersøge, om ansøgningen er fuldstændig. Er ansøgningen ikke fuldstændig, vil myndigheden fastsætte en tidsfrist for levering af nødvendige oplysninger, jf. art. 14, stk. 1. Ved modtagelse af fuldstændige ansøg-

<sup>57</sup> CESR (Committee of European Securities Regulators) består af nationale tilsynsførende af værdipapirmarkederne i EU, jf. Kommissionens afgørelse af 6. juni 2001 om oprettelse af Det Europæiske Værdipapirtilsynsudvalg, 2001/527/EF. Se nærmere forordningsforslaget note 3.

<sup>58</sup> Se nærmere bilag II til forordningen for en komplet liste over, hvilke oplysninger der skal angives i en ansøgning om registrering.

ninger skal disse videregives til de kompetente myndigheder i de øvrige medlemsstater og til CESR, jf. art. 14, stk. 2. Det er den kompetente myndighed i hjemlandet, der som nævnt behandler ansøgningen om registrering fra ratingbureauet, og som udarbejder den udtalelse, af hvilken det skal fremgå, om registreringen godkendes eller nægtes, jf. art. 14, stk. 5. CESR vil dog være involveret i registreringsproceduren og vil udtale sig om ansøgningen, jf. nærmere nedenfor.

Grupper af ratingbureauer kan ansøge om registrering. Der gælder særlige regler for disse grupper, som dog ikke behandles her.

Både CESR og den kompetente myndighed i hjemlandet er involveret i det videre forløb frem til afgørelsen om registrering. Den kompetente myndighed i hjemlandet skal inden 40 dage fra modtagelsen af den fuldstændige ansøgning fremsende et forslag til afgørelse om meddelelse eller nægtelse af registrering til CESR. Dette forslag skal være begrundet, jf. art. 15, stk. 1. Inden 15 dage fra modtagelsen skal CESR udtale sig om ansøgningen. Hvis CESR finder, at betingelserne for registrering, jf. forordningens afsnit II og som gennemgået ovenfor under afsnit 3.1-3.3, ikke er opfyldt, kan det anmode den kompetente myndighed i hjemlandet om at foretage en ny behandling af *forslaget til afgørelse om meddelelse*. Finder CESR derimod, at betingelserne for registrering er opfyldt, kan det anmode myndigheden om at foretage en ny behandling af *forslaget til nægtelse af registrering*.

15 dage efter modtagelsen af CESR's udtalelse skal den kompetente myndighed i hjemlandet træffe afgørelse i sagen. Følges udtalelsen fra CESR ikke, skal myndigheden begrunde sin afgørelse. Har CESR ikke afgivet nogen udtalelse, skal myndigheden senest 30 dage efter, at forslaget til afgørelse om meddelelse henholdsvis nægtelse af registrering er fremsendt til CESR, træffe afgørelse i sagen. Ratingbureauet skal informeres om afgørelsen senest 10 dage efter, at denne er truffet. Dette gælder uanset udfaldet. Hvis afgørelsen resulterer i, at meddelelse om registrering nægtes, skal der gives en begrundelse herfor, jf. art. 15, stk. 2.

Europa-Kommissionen, CESR samt de kompetente myndigheder i de øvrige medlemsstater skal underrettes om meddelte registreringer. Europa-Kommissionen offentliggør i Den Europæiske Unions Tidende en ajourført liste over ratingbureauer registreret i henhold til denne forordning. Denne offentliggørelse skal ske senest 30 dage efter, at meddelelse om registreringen er modtaget, jf. art. 15, stk. 3.

Udover at være ansvarlig for registreringen har myndigheden i hjemlandet også kompetence til at inddrage en registrering, jf. forordningens art. 17, stk. 1. Herved søges den effektive håndhævelse af forordningen sikret. Har et ratingbureau udtrykkeligt givet afkald på en registrering, eller har bureauet ikke afgivet nogen kreditvurdering i en periode på seks måneder, vil

myndigheden inddrage registreringen. Har ratingbureauet opnået dets registrering på uretmæssig vis, f.eks. på grundlag af urigtige erklæringer, opfylder bureauet ikke længere de betingelser, der har skullet opfyldes for at opnå registrering, eller har det overtrådt forordningens bestemmelser om driftsforhold, inddrages registreringen ligeledes af hjemlandets kompetente myndighed.

CESR og den kompetente myndighed i en anden medlemsstat, hvor en kreditvurdering anvendes, kan anmode den kompetente myndighed i hjemlandet om at undersøge, om betingelserne for at inddrage en registrering er til stede for så vidt angår et konkret ratingbureau. Beslutter myndigheden i hjemlandet sig for ikke at inddrage registreringen, skal en sådan afgørelse begrundes, jf. art. 17, stk. 3.

Inddrages en registrering, har dette øjeblikkelig virkning i hele Fællesskabet. Den kompetente myndighed i hjemlandet skal underrette Europa-Kommissionen, CESR og de øvrige kompetente myndigheder om inddragelsen af en registrering. Senest 30 dage fra modtagelsen af meddelelsen skal Europa-Kommissionen offentliggøre en ajourført liste over ratingbureauer, hvis registrering er blevet inddraget. Listen skal offentliggøres i Den Europæiske Unions Tidende, jf. art. 17, stk. 4.

### 3.5 CESR

CESR har en ikke ubetydelig rolle, herunder en koordinerende rolle, i forhold til de kompetente myndigheder i hjemlandene. CESR rådgiver således disse om anliggender, der er omfattet af forordningen. Inden der træffes afgørelse i en sag, skal de kompetente myndigheder tage denne rådgivning i betragtning. Senest et år efter forordningens ikrafttræden, skal CESR offentliggøre rådgivning om bl.a. registreringsprocessen og koordinationsforanstaltningerne mellem de kompetente myndigheder og CESR, offentliggøre rådgivning om håndhævelsespraksissen og -aktiviteterne samt om fælles standarder for fremlæggelse af oplysninger, som ratingbureauer skal levere i henhold til art. 9, stk. 2 og bilag 1, afsnit E, del II, punkt 1. Disse skal som tidligere nævnt bl.a. stille oplysninger om hidtidige driftsresultater og tidligere kreditvurderingsaktiviteter til rådighed i et centralt og offentligt tilgængeligt register, der oprettes af CESR. CESR skal desuden årligt offentliggøre en rapport om forordningens gennemførelse, jf. art. 18. Med reglen i forordningens art. 18 søges en ensartet anvendelse af forordningen og en ensartet praksis sikret i hele EU.<sup>59</sup>

CESR skal i øvrigt samarbejde med Det Europæiske Banktilsynsudvalg (CEBS) og med Det Europæiske Tilsynsudvalg for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger

<sup>59</sup> Smh. også betragtning 32.

(CEIPOS). De nævnte niveau 3-instanser forventes fremover at blive tillagt større kompetence i overensstemmelse med den såkaldte Larosière-gruppens anbefalinger.

### 3.6 Beføjelser og tilsynsforanstaltninger

De kompetente myndigheders *beføjelser* følger af art. 20. Herved sikres ensartede beføjelser for de kompetente myndigheder i de forskellige medlemsstater, og herved opnås (sandsynligvis) en mere ensartet håndhævelse af forordningens bestemmelser inden for EU. Myndighederne skal ikke ved udøvelsen af deres erhverv i henhold til forordningen forsøge at udøve indflydelse på indholdet i ratingsbureauernes kreditvurderinger. I modsat fald ville ratingbureauer ikke kunne opretholde deres såkaldte analytiske uafhængighed.<sup>60</sup>

Myndighederne tillægges alle nødvendige tilsyns- og undersøgelsesbeføjelser, der er nødvendige for udførelsen af deres opgaver. De kompetente myndigheder i hjemlandene har beføjelse til bl.a. at få adgang til og tage en genpart af dokumenter i enhver form eller at udføre varslede/uvarslede kontrolundersøgelser på stedet. Myndighederne har endvidere beføjelse til at forlange oplysninger fra enhver person og om nødvendigt at indkalde en person og afhøre denne for at indhente oplysninger. Beføjelserne skal *udøves* »a) direkte, b) i samarbejde med andre myndigheder eller c) ved henvendelse til de kompetente retlige myndigheder.«

De mulige *foranstaltninger*, som den kompetente myndighed i hjemlandet kan træffe, følger af art. 21. Det er således muligt at inddrage en registrering i henhold til art. 17, at give et midlertidigt forbud mod at afgive kreditvurderinger eller at suspendere anvendelse af kreditvurderinger med virkning for hele Fællesskabet, jf. art. 21, stk. 1, litra a-c. Myndighederne kan endvidere træffe passende foranstaltninger med henblik på at sikre, at gældende bestemmelser fortsat opfyldes, ligesom myndighederne offentligt kan bekendtgøre, når et ratingbureau ikke opfylder betingelserne fastsat i forordningen. Slutteligt kan myndighederne henvise en sag til strafferetlig behandling ved de kompetente domstole, jf. art. 21, stk. 1, litra d-f.

Inden den kompetente myndighed gør brug af foranstaltningerne, skal den fremsende et begrundet forslag til afgørelse til CESR, der inden 15 dage skal udtale sig om forslaget til afgørelse, jf. art. 21, stk. 2. I hastesager, herunder i de situationer, hvor der er tale om et tilfælde, der kan medføre, at de finansielle markeder ikke længere fungerer tilfredsstillende, vil en kompetent myndighed imidlertid kunne gøre brug af de nævnte foranstaltninger uden at afvente CESR's udtalelse. CESR skal dog straks underrettes herom.

Det er ikke alene den kompetente myndighed i hjemlandet, der kan træffe foranstaltninger. Det følger af art. 22, at den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvor ratingbureauet virker, også har kompetence til at træffe

<sup>60</sup> Smh. også præambelens betragtning 28.

passende foranstaltninger og således mulighed for selv at gribe ind. Indledningsvis skal der ske underretning af den kompetente myndighed i hjemlandet. Hvis hjemlandets kompetente myndighed efter drøftelse mellem de berørte kompetente myndigheder »nægter at træffe afgørelse eller ikke er i stand til at træffe effektive foranstaltninger, eller hvis eventuelle foranstaltninger, der træffes af den kompetente myndighed i hjemlandet, viser sig ikke at være egnede til at beskytte investorenes interesser i den berørte medlemsstat eller til at sikre, at markederne fungerer på tilfredsstillende vis«, vil den kompetente myndighed i *denne* medlemsstat kunne træffe passende foranstaltninger i stedet. Dette kan ske efter høring af CESR, og efter at der er sket underretning af den kompetente myndighed i hjemlandet. *Passende foranstaltninger* dækker i den forbindelse ikke over inddragelse af registrering, midlertidigt forbud mod afgivelse af kreditvurderinger eller suspension af anvendelsen af kreditvurderinger.

### **3.7 Samarbejde mellem kompetente myndigheder**

For at sikre et effektivt tilsyn – og for at undgå dobbeltarbejde – er der ifølge forordningen pligt til og regler for samarbejdet mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder. Denne pligt til samarbejde følger direkte af art. 23. De kompetente myndigheder skal således samarbejde i det omfang, det er nødvendigt for gennemførelsen af forordningen. Dette er tilfældet, også selvom den adfærd, der undersøges, ikke udgør en overtrædelse af den øvrige lovgivning i den berørte medlemsstat.

Et andet aspekt, det er naturligt at regulere, når der er pligt til at samarbejde, er myndigheders og medarbejderes tavshedspligt. Dette spørgsmål, der er reguleret i forordningens art. 28, vil ikke blive behandlet i nærværende artikel.

Med henblik på kontrol eller undersøgelser på stedet kan kompetente myndigheder anmode den kompetente myndighed i en anden medlemsstat om assistance. CESR skal informeres om enhver anmodning herom. I forbindelse med kontrol eller undersøgelser med grænseoverskridende konsekvenser kan CESR varetage koordinationen mellem de kompetente myndigheder, jf. art. 24, stk. 1.

I forbindelse med modtagelsen af en anmodning fra en kompetent myndighed i en anden medlemsstat om at foretage kontrol eller undersøgelse på stedet, skal myndigheden ifølge art. 24, stk. 2 enten a) selv gennemføre kontrollen eller undersøgelsen på stedet, b) give den kompetente myndighed, der har fremsat anmodningen, tilladelse til at deltage i en kontrol eller undersøgelse på stedet c) give den kompetente myndighed, der har fremsat anmodningen, tilladelse til selv at gennemføre kontrollen eller undersøgelsen på stedet, d) udpege revisorer eller andre sagkyndige til at gennemføre

kontrollen eller undersøgelsen på stedet eller e) dele specifikke tilsynsopgaver med den anden kompetente myndighed.

Der kan mellem de kompetente myndigheder i medlemsstaterne ske overdragelse af de opgaver, der følger af forordningen. Den kompetente myndighed i hjemlandet kan således overdrage enhver af sine opgaver til den kompetente myndighed i en anden medlemsstat, såfremt denne myndighed er indforstået hermed, jf. art. 26. Det skal imidlertid bemærkes, at en overdragelse ikke medfører ændringer i forhold til den oprindelige kompetente myndigheds ansvar.

Der etableres en mæglingsordning med henblik på at finde et fælles standpunkt for medlemsstaternes berørte kompetente myndigheder. Ved uenighed mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder om en vurdering eller en foranstaltning vil de kompetente myndigheder skulle henvise sagen til CESR med henblik på mægling. De kompetente myndigheder skal tage hensyn til den udtalelse, som CESR afgiver i den forbindelse, jf. art. 27.

På grund af ratingbureauernes internationale virksomhed er samarbejdet med tredjelande ligeledes reguleret, herunder udvekslingen af oplysninger med kompetente myndigheder i tredjelande. Dette samarbejde vil ikke blive behandlet i nærværende artikel. Se nærmere forordningens kapitel IV *Samarbejde med tredjelande*.

### **3.8 Sanktioner**

Det er de enkelte medlemsstater, der fastsætter bestemmelser vedrørende sanktioner for manglende efterlevelse af forordningen, og som træffer alle nødvendige foranstaltninger til at sikre gennemførelsen heraf. Det følger af forordningens art. 31, at sanktionerne skal omfatte mindst »grov embedsforseelse og manglende rettidig omhu.« Sanktionerne skal være effektive, og de skal stå i et rimeligt forhold til overtrædelsernes grovhed. Sanktionerne skal endvidere have afskrækkende effekt.

Herved videreføres den traditionelle metode på det finansielle område i relation til sanktioner, jf. f.eks. det nye forbrugerkreditdirektiv fra 2008 (2008/48/EF) og MiFID-direktivet (2004/39/EF). Ifølge disse direktiver overlades det til medlemsstaterne at fastsætte regler for sanktioner for overtrædelse af de nationale bestemmelser samt træffe alle nødvendige foranstaltninger til at sikre at de iværksættes.

Det forhold, at sanktioneringskompetencen overlades til medlemsstaterne, medfører, at det på trods af de ensartede beføjelser og foranstaltninger samt pligten til at samarbejde vil kunne være vanskeligt at undgå regelarbitrage og forumshopping på området, selvom det som ovenfor nævnt er et af de overordnede mål med reglerne om registrering og tilsyn.

Medlemsstaterne skal oplyse Kommissionen om de fastsatte sanktioner. Der skal endvidere gives meddelelse om eventuelle senere ændringer af disse bestemmelser, jf. art. 31.

### **3.9 Erstatningsansvar**

Spørgsmålet om ratingbureauers erstatningsansvar for afgivelse af fejlagtige kreditvurderinger er kun i begrænset omfang behandlet ved domstolene. Spørgsmålet vil da heller ikke blive undergivet nærmere behandling i denne fremstilling. Det skal dog blot nævnes, at det følger af forordningens betragtning 35, at de skærpede og tydeligere retlige rammer bør fremme anvendelsen af civile søgsmål i forhold til ratingbureauer. Dette bør (fortsat) ske i overensstemmelse med de enkelte medlemsstaters egne regler om retligt ansvar, det vil normalt sige den almindelige erstatningsret. Begrundet i de både skærpede og tydeligere retlige rammer for ratingbureauers afgivelse af kreditvurderinger bør det med andre ord være nemmere fremover (med succes) at gøre et erstatningskrav gældende mod et ratingbureau.

## **4. Konklusion/kommentar**

En del af baggrunden for indførelsen af en forordning var kritikken af, at reglerne i IOSCO's adfærdskodeks var for vage og upræcise. Med reglerne i forordningen imødekommes denne kritik i et vist omfang, omend det kan anføres, at forordningen også kun i begrænset omfang angiver, hvordan ratingbureauerne konkret skal håndtere de forskellige problemstillinger. Det kan dog samtidig anføres, at de regulerede temaer vanskeligt lader sig regulere ved eksakte og præcise bestemmelser.

I forhold til IOSCO's ikke-bindende adfærdskodeks er den valgte reguleringsform, hvor der indføres bindende retsregler og håndhævelsesmekanismer på området, dog under alle omstændigheder medvirkende til at sikre øget ensartethed og effektivitet. Det kan dog anføres, at overgangen fra selvregulering til bindende retsregler sker for sent – reguleringsinitiativerne er først blevet iværksat på et tidspunkt, hvor tingene allerede er gået galt. Man kan ikke sige sig fri fra at overveje, om den finansielle krise kunne være undgået eller i det mindste mindsket, såfremt ratingbureauerne på et tidligere tidspunkt var blevet underlagt effektive bindende regler.

Skaden er imidlertid sket, og et ensartet og bindende regelsæt vurderes at være nødvendigt for at genskabe markedets tillid til kreditvurderinger. Ydermere sikrer fælles regler i hele EU en vis balance i forhold til andre jurisdiktioner, særligt USA, hvilket er vigtigt i forhold til det europæiske finansielle markeds position.

I forordningen fremhæves vigtigheden af ensartede regler. I lyset heraf synes det mindre hensigtsmæssigt, at det er overladt til medlemsstaterne selv at fastsætte bestemmelser om sanktioner ved manglende efterlevelse af



forordningens regler. Dette er særligt tilfældet i relation til målet om at undgå regularbitrage og forumshopping. Dette opvejes dog formodentlig af den centrale rolle, som CESR er tiltænkt at skulle have i relation til en række spørgsmål.

Reglerne i forordningen om tilsyn med og registrering af ratingbureauer er en væsentlig nyskabelse. Disse regler må særligt bidrage til (igen) at sikre et højt niveau af investortillid, hvilket er afgørende for de finansielle markeds funktion, effektivitet og stabilitet. Det kan da også anføres, at det er disse regler i forordningen, der må antages at få størst betydning i fremtiden.

# Kan man fortryde?

af

*Inge Langhave Jeppesen*

## 1. Indledning

Det spørgsmål stiller vi os sikkert alle en gang imellem. I denne sammenhæng er det imidlertid i forhold til spørgsmålet, om man kan fortryde de oplysninger, man har afgivet til skattemyndighederne i forbindelse med selvangivelsen.

For selv om selvangivelsen for mange skatteydere efterhånden har skiftet karakter til blot at være noget, man modtager elektronisk uden nødvendigvis at reagere derpå, er der fortsat tale om, at der afgives oplysninger til skattemyndighederne, som danner grundlag for opgørelsen af et beregningsgrundlag, der igen danner grundlag for en skatteansættelse.

Spørgsmålet er så, om man efterfølgende kan ændre i disse oplysninger, hvis man konstaterer, at de er fejlagtige eller baserer sig på valg, der efterfølgende viser sig at have uhensigtsmæssige skattemæssige konsekvenser.

Der findes i dansk skatteret en række bestemmelser, der hjemler muligheden for fortrydelse dels i forhold til ændring af fejlagtige oplysninger, dels i forhold til ændring af valg, der er truffet i forbindelse med selvangivelsen.<sup>1</sup> Begrebsmæssigt er der tale om genoptagelse, omgørelse og selvangivelsesomvalg, som er hjemlet i skatteforvaltningslovens §§ 26, 27, 29 og 30. Dele af disse bestemmelser vil blive analyseret med henblik på at vurdere, hvornår man kan fortryde.

<sup>1</sup> Som eksempler kan nævnes, at der i afskrivningslovens § 52 og BEK 2005, 1287 er hjemmel til efterfølgende ændring af af- og nedskrivninger. I virksomhedsskatteovens § 2, stk. 2 er der hjemmel til at fortryde valget af beskatning i virksomhedsordningen og i varelagereovens § 7, stk. 1 er der hjemmel til at ændre den selvangivne opgørelsesmåde for varelagre.

## 2. Selvangivelsens dispositive karakter

Vurderingen af, om selvangivelsen har en dispositiv karakter, vedrører det forhold, om skatteyder er bundet af de oplysninger, der er afgivet, og de valg, der er truffet i forbindelse med selvangivelsen. Når emnet er skatteydernes adgang til at fortryde sine oplysninger og valg, er der derfor tale om en problemstilling, der har tilknytning til spørgsmålet om selvangivelsens dispositive karakter.

Problematikken er ikke af nyere dato.<sup>2</sup> I 1965 spørger Thøger Nielsen, om selvangivelsen blot udgør en række pligtmæssige informationer til skattemyndighederne, eller om den har retsvirkninger derudover – for eksempel om en skatteyder, der har selvangivet sin indkomst for højt, bliver bundet heraf. Svaret herpå er, at selvangivelsen i en sådan situation ikke er dispositiv.

Men, anfører Thøger Nielsen, man skal dog samtidig være opmærksom på, at skatteyderen i forbindelse med sin selvangivelse kan have truffet nogle valg, som kan anses for bindende, således at selvangivelsen på de punkter må anses for dispositiv.<sup>3</sup> Der kan for eksempel være tale om, at skatteyder har valgt at afskrive på driftsmiddelsaldoen med 20 % frem for de maksimale 25 %, eller at skatteyder har valgt at aktivere småaktiver, der ellers kunne straksafskrives, fordi der ikke var brug for fradraget i det pågældende indkomstår.

Det skyldes, at skatteyderen i forbindelse med sådanne valg bærer risikoen for, at forudsætningerne for valget brister. Omvendt vil skatteyder have krav på en korrektion, hvis indkomstopgørelsen er forkert som følge af manglende fradrag eller fejlagtig indtægtsførelse, fordi kravet om og interessen i en korrekt indkomstopgørelse vægter højt.<sup>4</sup>

Ved vurderingen af, om selvangivelsen er dispositiv, skal der derfor skelnes mellem, om skatteyder ønsker at ændre i de oplysninger, som skatteyder har afgivet i forbindelse med selvangivelsen, eller om skatteyder ønsker at ændre de valg, der er truffet i forbindelse med afgivelse af selvangivelsen – i sidstnævnte tilfælde er selvangivelsen bindende for skatteyder.

Thøger Niensens opfattelse af selvangivelsens dispositive karakter deles også af en række andre forfattere,<sup>5</sup> og det kan konkluderes, at den skattepligtige som udgangspunkt kan få sin skatteansættelse ændret i det omfang, den er opgjort på et fejlagtigt grundlag. Er der derimod tale om, at den skat-

<sup>2</sup> I Fristudvalgets betænkning nr. 1426 fra januar 2003 er spørgsmålet om den dispositive selvangivelse også diskuteret i kapitel 5.3. Bilag 2 i betænkningen indeholder en udførlig oversigt over den litteratur og praksis, der er på området.

<sup>3</sup> Thøger Nielsen, *Indkomstbeskatning I*, s. 87 f.

<sup>4</sup> Thøger Nielsen, *Indkomstbeskatning I*, s. 160-161.

<sup>5</sup> Der henvises til Betænkning nr. 1426 fra januar 2003, hvor der i bilag 2, afsnit 4 er en udførlig henvisning til den litteratur, hvor emnet er behandlet.

tepligtige ønsker at ændre et foretaget valg, anses ansættelsen for at være dispositiv, og den skattepligtige vil som udgangspunkt ikke kunne ændre denne, medmindre der foreligger en særlig hjemmel hertil. Denne hjemmel er i dag skabt i form af bestemmelserne i skatteforvaltningsloven om omgørelse og selvangivelsesomvalg.<sup>6</sup> Betydningen af, om selvangivelsen er dispositiv, er derfor mindre i dag – i hvert fald i de situationer hvor der i skatteforvaltningsloven er hjemmel til at ændre skatteansættelsen.

### 3. Ændring af skatteansættelsen

Adgangen til at ændre skatteansættelsen kan begrebsmæssigt opdeles i adgangen til genoptagelse, jf. SFL §§ 26 og 27 og adgangen til omgørelse, jf. SFL §§ 29 og 30. Genoptagelsen er knyttet til dispositioner, hvor selvangivelsen ikke opfattes som dispositiv, mens omgørelsen knytter sig til dispositioner, hvor selvangivelsen opfattes som dispositiv. Muligheden for at fortryde er således til stede i dansk skatteret. Det afgørende bliver derfor at vurdere, hvornår man kan fortryde, herunder hvilke kriterier der skal være opfyldt.

#### 3.1 Ordinær og ekstraordinær genoptagelse

Genoptagelse af en skatteansættelse kan ske inden for de frister, der fremgår af skatteforvaltningslovens §§ 26 og 27 om ordinær henholdsvis ekstraordinær ansættelse. Begrebet genoptagelse kendes fra den almindelige forvaltningsret og dækker over det forhold, at myndighederne træffer beslutning om, at der skal ske en fornyet vurdering af en tidligere afgørelse.<sup>7</sup> Den fornyede vurdering har sit afsæt i, at der foreligger nye oplysninger, som har betydning for skatteansættelsen. Det kunne fx være oplysninger om et manglende fradrag eller et fejlagtigt indtægtsført beløb.

I skatteretlig sammenhæng er adgangen til genoptagelse af en skatteansættelse som udgangspunkt vid, idet hensynet til en korrekt skatteansættelse vægter højt – også selv om det indebærer en genoptagelse. Dette hensyn er alene begrænset af frist- og forældelsesregler, der sætter grænser for, hvor langt tilbage i tiden en genoptagelse kan finde sted.<sup>8</sup>

Den ordinære genoptagelse er kendetegnet ved, at skatteyder har krav herpå, når der fremlægges oplysninger af faktisk eller retlig karakter, jf. SFL § 26, stk. 2, som med en vis sandsynlighed ville have resulteret i en anden

<sup>6</sup> Tidligere var der ikke hjemmel til at ændre skatteansættelsen i sådanne situationer. Der var dog en tendens til, at der i praksis blev bevilget tilladelse til at foretage sådanne ændringer, jf. blandt andre Ole Bjørn m.fl., Lærebog om indkomstskat, 6. udgave, s. 788 og Niels Lauesen, Skattemæssige forbehold i Revision og Regnskabsvæsen, 1988, nr. 12, s. 39 ff.

<sup>7</sup> Mette Hastrup Andersen, Skatteretlig genoptagelse i forvaltningsretlig belysning, s. 33 f. og Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 3, 4. udgave, s. 576 ff.

<sup>8</sup> Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 3, 4. udgave, s. 577.

skatteansættelse, hvis de havde været lagt til grund tidligere. Det er ikke afgørende, at der er tale om egentlige nye oplysninger, men blot at de ikke tidligere har dannet grundlag for den afgørelse, som skatteyder ønsker genoptaget.<sup>9</sup> Adgangen er alene begrænset af bestemmelsens forældelsesfrist, hvorefter skatteyder, jf. SFL § 26, stk. 2, skal fremsætte sin anmodning om genoptagelse senest den 1. maj i det fjerde år efter indkomstårets udløb.

Skatteydernes adgang til ekstraordinær ansættelse er anderledes begrænset, da det er forbundet med fristgennembrud, det vil sige adgang til genoptagelse af en skatteansættelse, der er forældet. Denne mulighed er hjemlet i SFL § 27 og er i dag objektiveret, således at forudsætningerne for, at skatteyder kan opnå en ekstraordinær genoptagelse, klart fremgår af bestemmelsen. Objektivering blev indført med L 192 i 1999 for at sikre, at vurderingen af, hvornår der kan ske ekstraordinær genoptagelse, ikke er skønsspræget.<sup>10</sup> Skatteyder kan, jf. SFL § 27, stk. 1, nr. 1-7 opnå ekstraordinær genoptagelse, når:

1. Der er indtrådt en ændring i det privatretlige eller offentligretlige grundlag for ansættelsen.
2. Ansættelsen er en direkte følge af en ansættelse vedrørende den skattepligtige for et andet indkomstår.
3. Der er sket en ændring af ansættelsen for en anden skatteyder af en overdragelsessum for visse aktiver.
4. En udenlandsk skattemyndighed har truffet en afgørelse, der har betydning for beskatningen af den skattepligtige.
5. Den skattepligtige har forsætligt eller groft uagtsomt bevirket, at skattemyndighederne har foretaget en ansættelse på et ufuldstændigt grundlag.
6. Skatterådet udnytter sin kompetence til at ændre en skatteankenævnsafgørelse.
7. Hidtidig praksis er underkendt ved en dom, en landsskatteretskendelse eller ved en praksisændring offentliggjort af Skatteministeriet.

Da genoptagelsen er baseret på objektive kriterier, vil adgangen til genoptagelse blot forudsætte, at mindst et af de objektive kriterier er opfyldt.<sup>11</sup> Denne del af bestemmelsen vil derfor ikke blive analyseret nærmere.

<sup>9</sup> Processuelle regler på SKAT's område 2009-1, afsnit G.1.1.1. Der henvises desuden til Mette Hastrup Andersen, Skatteretlig genoptagelse, afsnit 9.2.1. for en analyse heraf i tilknytning til den dagældende bestemmelse i skattestyrelseslovens § 34, stk. 2.

<sup>10</sup> Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 20 i L 192, 1998/99, hvor det er anført, at man ønskede at undgå den individuelle og skønsmæssige vurdering, der tidligere skulle foretages i forhold til den dagældende bestemmelse i skattestyrelseslovens § 4, stk. 2 om, at forholdene i særlig grad skulle tale for, at en genoptagelse kunne finde sted.

<sup>11</sup> Der er også andre forhold, der skal være opfyldt, jf. SFL § 27, stk. 2, som bl.a. angiver en tidsfrist for anmodningen om genoptagelse.

Det vil bestemmelsen i SFL § 27, stk. 1, nr. 8 derimod, da den udgør et brud med ønsket om, at adgangen til ekstraordinær genoptagelse alene skulle være baseret på objektive kriterier. Bestemmelsen hjemler fristgennembrud, når der foreligger særlige omstændigheder. Det er SKAT, der efter anmodning fra den skattepligtige skal vurdere, om dette er tilfældet.

Bestemmelsen blev indført med L 175 i 2003, som byggede på Fristudvalgets anbefalinger i dets betænkning om frist- og forældelsesregler på skatteområdet.<sup>12</sup> Hensigten var at forbedre retssikkerheden for skatteyder ved at indføre bedre og enklere fristregler for forældelse af skatteansættelsen.<sup>13</sup>

Fristudvalget havde i sin betænkning anført, at de objektiverede regler tilgodeså hensynet til forudberegnelighed, og man anbefalede derfor at fastholde dette. Udvalget fandt imidlertid, at der var behov for en »sikkerhedsventil«, da det ikke var muligt at forudse alle de tilfælde, som burde give anledning til genoptagelse. En sådan »sikkerhedsventil« skulle derfor sikre genoptagelse, når forholdene i særlig grad taler for det.<sup>14</sup>

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen,<sup>15</sup> at en ændring af skatteansættelsen skal kunne tillades efter en konkret bedømmelse, når det er urimeligt at opretholde ansættelsen, og der foreligger sådanne særlige omstændigheder, der ikke er omfattet af de objektive regler i skatteforvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 1-7. I bemærkningerne er der herefter nævnt en række tilfælde, hvor genoptagelse vil kunne finde sted.<sup>16</sup> Det vil dels være, når skattemyndighederne har begået en ansvarspådragende fejl, dels når den urigtige ansættelse skyldes:

- en fejl begået af den skatteansættende myndighed, som ikke er ansvarspådragende, men hvor det alligevel må anses for urimeligt at opretholde skatteansættelsen
- svig fra tredjemand
- andre særlige omstændigheder, der ikke kan bebrejdes den skattepligtige
- særlige konsekvensændringer, som falder uden for de objektive kriterier i bestemmelsen, fx en lønbetaling der omklassificeres til afdrag på lån
- en åbenbart urimelig skønsmæssig ansættelse

<sup>12</sup> Fristudvalgets betænkning nr. 1426 fra januar 2003.

<sup>13</sup> Punkt 1 i de almindelige bemærkninger til L 175, 2002/03. Bemærkningerne er til den dagældende bestemmelse i SSL § 35 (nugældende SFL § 27).

<sup>14</sup> Fristudvalgets betænkning nr. 1426 fra januar 2003, kapitel 7.2.1.2, objektiverede eller normative regler – sikkerhedsventil.

<sup>15</sup> Bemærkningerne er til den dagældende bestemmelse i skattestyrelseslovens § 35, stk. 1, nr. 8, der svarer til den nugældende bestemmelse i skatteforvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 8.

<sup>16</sup> Bemærkningerne til § 1, nr. 2 i L 175, 2002/03.

- at myndighederne fejlagtigt har givet tilsagn om fristgennembrud, så den skattepligtige ikke har reageret rettidigt i form af klage eller anmodning om genoptagelse.

Som supplement til disse subjektive kriterier indgår ændringens beløbsmæssige størrelse som et objektive kriterium. Hvis indkomståndringen udgør mere end 5.000 kr., taler det for genoptagelse.

Vurderingen af, om der foreligger »særlige omstændigheder«, bliver afgørende for, om der kan opnås fristgennembrud. Men da der samtidig er tale om en konkret vurdering baseret på subjektive kriterier, vil fastlæggelsen af det nærmere indhold af »særlige omstændigheder« være overladt til praksis. Bestemmelsen har imidlertid siden sin vedtagelse ikke været genstand for den store opmærksomhed, idet mængden af offentliggjort praksis er beskednen.

**I TfS 2006, 799 LSR/SKM.2006.467.LSR** anmodede en skatteyder om genoptagelse af skatteansættelserne for indkomstårene 1998-2001. Anmodningen vedrørte dels manglende fradrag for studielånsrenter, dels en skønsmæssig ansættelse af en aktieavance i indkomståret 2000. I nogle af årene havde skatteyder selvangivet studielånsrenterne, men fradraget var blevet nægtet i forbindelse med ligningen, da skatteyder ikke havde indsendt dokumentation herfor. I andre år havde skatteyder slet ikke selvangivet studielånsrenterne. Aktieavancen var skønsmæssigt ansat af skattemyndighederne som følge af, at værdien af skatteydere aktier var faldet. Det skyldtes dog ikke salg, men blot at aktiemens kursværdi var faldet. Skatteyder havde imidlertid ikke reageret på den skønsmæssige ansættelse.

Den manglende reaktion skyldtes, at skatteyder var psykisk syg, hvilket blev bekræftet af lægeerklæringer. Han havde derfor ikke været i stand til at reagere på skattemyndighedernes henvendelser, ligesom han ikke altid havde indsendt selvangivelser. Som følge heraf havde han ikke fået fradrag for studielånsrenter på cirka 27.000 kr., ligesom han fejlagtigt var blevet beskattet af en aktieavance på 50.000 kr.

Landsskatteretten fandt, at der i dette tilfælde forelå særlige omstændigheder, idet skatteyderen som følge af sin alvorlige psykiske sygdom ikke havde kunnet selvangive og reagere over for skattemyndighederne. Da den manglende reaktion skyldtes sygdom, kunne det ikke tillægges skatteydere egne forhold. Med hensyn til den skønsmæssigt ansatte aktieavance anførte Landsskatteretten, at der var tale om et urimeligt skøn, og endelig blev den beløbsmæssige størrelse af ændringerne tillagt betydning. Landsskatteretten tillod derfor ekstraordinær genoptagelse.

Ved vurderingen af, om der foreligger særlige omstændigheder, inddrager Landsskatteretten tre af de kriterier, der er nævnt i forarbejderne – der er foretaget en urimelig skønsmæssig ansættelse af aktieavancen, skatteansættelsen har væsentlig økonomisk betydning for den skattepligtige, og den urigtige ansættelse kan ikke bebrejdes den skattepligtige. Det er i denne sammenhæng interessant, at Landsskatteretten ikke inddrager det glemte fradrag

i sin vurdering – i bemærkningerne er anført, at glemte fradrag ikke udgør særlige omstændigheder.

Afgørelsen antyder derfor, at der er foretaget en konkret vurdering, hvor samtlige forhold inkl. den beløbsmæssige betydning er inddraget ved afgørelsen af, om det må anses for urimeligt at opretholde ansættelsen. Senere afgørelser synes derimod at anlægge en mere snæver fortolkning.

**I TfS 2008, 298 LSR/SKM2007.885.LSR** havde et selskab, der var næringsdrivende med ejendomme, foretaget en låneomlægning af et realkreditlån i 2001. Selskabet havde fejlagtigt troet, at det lån, der var indfriet i forbindelse med låneomlægningen, vedrørte en solgt ejendom. Selskabet havde derfor indtægtsført et beløb på cirka 675.000 kr., der rettelig skulle have været passiveret som kreditgæld. Da selskabet i 2004 solgte den ejendom, som lånet rettelig vedrørte, blev beløbet beskattet endnu engang. Selskabet anmodede derfor om tilladelse til at genoptage skatteansættelsen for 2001 med henblik på at nedsætte indtægten med 675.000 kr.

Landsskatteretten anførte indledningsvist, at en forglemmelse af et fradrag ifølge bemærkningerne ikke giver anledning til ekstraordinær genoptagelse. Det gælder også i forhold til indtægtsførelse af et for stort beløb. Da selskabet selv havde varetaget bogføringen, skyldtes fejlen desuden alene selskabets egne forhold. Da der ikke forelå særlige forhold, der kunne begrunde en ekstraordinær genoptagelse, og da bestemmelsen var tilnænk et snævert anvendelsesområde, blev anmodningen herom afvist.

**I TfS 2009, 18 BR/SKM2008.902.BR** anmodede en skatteyder, der drev virksomhed som fysioterapeut, om ekstraordinær genoptagelse som følge af særlige omstændigheder. Skatteyder førte selv sin kasserapport, som revisor efterfølgende bogførte. Skatteyder havde udover indtægter fra virksomheden som fysioterapeut også indtægter i form af »indleje« fra andre erhvervsdrivende, der havde adgang til at benytte sig af klinikens faciliteter. Det var aftalt med revisor, at der nederst i de månedlige kasserapporter skulle anføres tre separate indtægter med benævnelsen »vikar«, »provision« og »klinik«, men samtidig skulle indtægterne benævnt »vikar« og »provision« også indgå i beløbet benævnt »klinik«.

I forbindelse med skift til en anden medarbejder i revisionsfirmaet var der ikke blevet oplyst om dette. Ved bogføringen af kasserapporten blev disse indtægter derfor medregnet to gange. Det betød for indkomstårene 2000-2002, der var forældede, at der var sket en dobbelt indtægtsførelse af et samlet beløb på cirka 320.000 kr. Skatteyder anmoder derfor om tilladelse til ekstraordinær genoptagelse af skatteansættelsen for indkomstårene 2000-2002.

Byretten afviste anmodningen med den begrundelse, at en indtægtsførelse af et beløb to gange kan sidestilles med et glemt fradrag, som jf. lovens forarbejder ikke udgør en særlig omstændighed. Retten tilføjede desuden, at der skal ske identifikation mellem skatteyder og dennes revisor i forhold til skattemyndighederne, og derfor udgør en misforståelse mellem disse to ikke en særlig omstændighed, der ikke kan bebrejdes den skattepligtige.



I disse afgørelser er der alene inddraget to kriterier ved vurderingen af, om der kan ske genoptagelse. Der henvises for det første til forarbejdernes omtale af, at et manglende fradrag ikke udgør en særlig omstændighed, og deraf konkluderes, at det også må gælde for en dobbelt indtægtsførelse. For det andet henvises der til, at den urigtige skatteansættelse kan bebrejdes den skattepligtige selv. Den beløbsmæssige betydning af den urigtige ansættelse tillægges derimod ikke betydning, selv om der i begge tilfælde er tale om betydelige beløb.<sup>17</sup>

**I TfS 2008, 763 BR/SKM2008.322.BR** afviser byretten ligeledes en anmodning om ekstraordinær genoptagelse, idet der ikke foreligger særlige omstændigheder. Skattemyndighederne havde foretaget en skønsmæssig ansættelse på 300.000 kr. af skatteydernes indkomst for hvert af indkomstårene 2000 og 2001 som følge af manglende selvangivelse. I 2005 indsender skatteyder de manglende selvangivelser, der viser en indkomst på cirka 24.000 kr. henholdsvis 73.000 kr.

Disse kan kun lægges til grund, hvis der gives tilladelse til ekstraordinær genoptagelse. Skatteyder havde som begrundelse for adgangen til ekstraordinær genoptagelse anført, at hans bror, som hjalp ham med regnskaberne, havde været syg og derfor ude af stand til at udarbejde regnskaberne. Byretten lagde vægt på, at den forkerte ansættelse skyldtes skatteydernes egne forhold og afviste med den begrundelse anmodningen.

Også her tillægger byretten det afgørende betydning, at den urigtige ansættelse skyldes skatteydernes egne forhold. Det fremgår ganske vist af bemærkningerne, at en åbenbart urimelig skønsmæssig ansættelse kan udgøre en særlig omstændighed. Men det bliver ikke tillagt betydning i denne dom. Der ses dog heller ikke at være argumenteret herfor fra skatteydernes side.

Den offentliggjorte praksis viser således, at adgangen til fristgennembrud i tilfælde af særlige omstændigheder i praksis er meget begrænset. Fortolkningen af, hvornår der foreligger særlige omstændigheder, er således i høj grad fokuseret på enkelte af de kriterier, der er nævnt i forarbejderne, herunder særligt, at de andre særlige omstændigheder ikke skal kunne bebrejdes den skattepligtige.

### **3.2 Omgørelse**

Omgørelse omfatter den situation, hvor skatteansættelsen ønskes ændret, fordi der sker en ændring i det grundlag, som ansættelsen tidligere har været baseret på. Der er således ikke tale om at rette op på en fejl i skatteansættelsen, men derimod om, at ændrede forudsætninger i forhold til grundlaget for

<sup>17</sup> I TfS 2008, 373 BR/SKM2008.48.BR afviste byretten en anmodning om ekstraordinær genoptagelse af en momsansættelse efter SFL § 31. Denne bestemmelse anvender også begrebet særlige omstændigheder. Et selskab havde fejlagtigt ikke fået fradrag for en importmoms på knap 7,5 mio.kr. Der lægges også her vægt på, at et glemt fradrag ikke udgør en særlig omstændighed.

den oprindelige skatteansættelse tillægges betydning ved den skatteretlige vurdering og resulterer i en ny og ændret skatteansættelse.<sup>18</sup> Omgørelse kan bestå i en dispositionsomgørelse, jf. SFL § 29 eller en selvangivelsesomgørelse, jf. SFL § 30.

### 3.2.1 Dispositionsomgørelse

Dispositionsomgørelse er som tidligere nævnt hjemlet i SFL § 29 og omfatter den situation, hvor ændringen af en formueretlig disposition bliver tillagt betydning i forhold til dispositionens skatteretlige konsekvenser. Der kan for eksempel være tale om, at en far har overdraget en ejendom til sin datter til en for lav værdi. Datteren skal betale gaveafgift af forskellen. Far og datter ønsker at undgå denne situation og vælger enten at ophæve handlen eller at lade overdragelsen ske til en anden værdi. Hermed er der sket en ændring i det privatretlige grundlag, som giver grundlag for en anmodning om omgørelse, så skatteansættelsen sker i overensstemmelse med det ændrede grundlag.

Adgangen til at opnå omgørelse er betinget af, at SKAT giver tilladelse hertil. Det sker på grundlag af en vurdering af, om betingelserne i SFL § 29, stk. 1, nr. 1-4 er opfyldt. Det er således et krav, at:

1. Dispositionen i overvejende grad ikke må være have været båret af hensyn til at spare eller udskyde skatter
2. Dispositionen utvivlsomt skal have haft utilsigtede skattemæssige virkninger, der er væsentlige
3. Dispositionen skal have været lagt klart frem for myndighederne
4. De privatretlige virkninger af den ændring af dispositionen, der ønskes tillagt skattemæssig virkning, skal være enkle og overskuelige.
5. Alle, der skatteretligt vil blive berørt af en tilladelse til omgørelse, skal tiltræde omgørelsesanmodningen.

Der er tale om betingelser, hvoraf nogle er af subjektiv karakter, andre af mere objektiv karakter. En af de subjektivt prægede betingelser er kravet i nr. 2 om, at dispositionen utvivlsomt skal have haft utilsigtede skattemæssige virkninger, der er væsentlige.

Bestemmelsen blev indført med L 192 i 1999.<sup>19</sup> Af forarbejderne til bestemmelsen er det anført, at adgangen til omgørelse skal begrænses til tilfælde, hvor det er utvivlsomt, at den skattepligtige ikke har forudset de skattemæssige virkninger af dispositionen, og hvor virkningerne er væsentlige.

<sup>18</sup> Jan Pedersen m.fl., *Skatteretten* 3, 4. udgave, s. 577.

<sup>19</sup> Lovforslaget vedrører den dagældende SSL § 37 C (nugældende SFL § 29). Der var tale om en lovfæstelse af en langvarig i praksis hjemlet adgang til omgørelse. Der henvises til Tommy V. Christiansen, *Nogle betragtninger omkring omgørelse efter § 37 C i Festskrift til Ole Bjørn*, s. 101 ff. for en nærmere beskrivelse heraf.

Med hensyn til kravet om væsentlighed er det anført, at der ikke ligger »... et krav om væsentlighed i relation til den pågældende disposition, men et generelt krav om, at de uforudsete skattemæssige virkninger er væsentlige.«<sup>20</sup>

Betingelsen om, at der skal være tale om uforudsete skattemæssige virkninger, har givet anledning til tvivl, om den skal opfattes som et krav om god tro hos skatteyder.<sup>21</sup> Dette spørgsmål var centralt i Højesterets dom i TfS 2006, 925 H/SKM2006.629.HR,<sup>22</sup> der dels vedrørte afgrænsningen af, hvornår der foreligger en privatretlig disposition, dels afgrænsningen af »utilsigtede skattemæssige virkninger«.

**I TfS 2006, 925 H/SKM2006.629.HR** havde en skatteyder erhvervet en landbrugsejendom ved succession i forbindelse med et generationsskifte. Skatteyder havde blandt andet finansieret købet med etableringskontomidler. Skattemyndighederne meddelte skatteyderen, at det ikke var muligt at anvende etableringskontomidler, når anskaffelsen af landbrugsejendommen var sket ved succession.

Det var i sagen oplyst, at skatteyder kort tid før tidspunktet for indgivelse af selvangivelse for det pågældende indkomstår skriftligt havde modtaget besked om, at der ikke kunne anvendes etableringskontomidler, når der forelå succession. Skatteyder havde imidlertid ikke åbnet dette brev på grund af travlhed.

Som følge af den manglende adgang til at anvende etableringskontomidler anmodede skatteyder om tilladelse til delvis omgørelse, så en del af landbruget blev anskaffet uden succession. Denne del af anskaffelsen kunne så finansieres med etableringskontomidler.

Skattemyndighederne afviste anmodningen med den begrundelse, at der ikke var tale om ændring af en privatretlig disposition. Landsretten anerkendte derimod, at der var tale om en privatretlig disposition, men afviste anmodningen med den begrundelse, at skatteyder på tidspunktet for selvangivelse var bekendt med eller burde være bekendt med de skattemæssige konsekvenser af aftalen.

Ved sagens behandling for Højesteret fik skatteyder tilladelse til delvis omgørelse. Højesteret anførte som begrundelse, at bestemmelsen i nr. 2 efter sin ordlyd må forstås således, at der ikke »... er hjemmel til at betinge omgørelse af andet og mere end, at den privatretlige disposition blev foretaget, uden at de skattemæssige virkninger, som indtræder, var forudset på dispositionstidspunktet.« Der var således ikke hjemmel til at afvise en anmodning om omgørelse med den begrundelse, at den skattemæssige virkning burde være forudset, eller at der på selvangivelsestidspunktet var kendskab hertil. Da der var tale om et væsentligt beløb, var denne del af betingelsen også opfyldt.

<sup>20</sup> De særlige bemærkninger til § 1, nr. 23 i L 192, 1998/99.

<sup>21</sup> Tommy V. Christiansen, Omgørelse – utilsigtede skattemæssige virkninger, JUS 2006, 44 og Tommy V. Christiansen, Nogle betragtninger omkring omgørelse efter § 37 C i Festskrift til Ole Bjørn, s. 115.

<sup>22</sup> Dommen anses, jf. Processuelle regler på Skat's område 2009-2, afsnit O.1, for at være den ledende dom på området for afgrænsningen af SFL § 29, stk. 1, nr. 2. Den er kommenteret af Tommy V. Christiansen i Omgørelse – utilsigtede skattemæssige virkninger, JUS 2006, 44.

I forhold til fortolkningen af betingelsen i nr. 2 indeholder dommen det væsentlige bidrag, at det ikke er en betingelse, at skatteyder var i god tro. Det afgørende er alene, at skatteyder ikke kunne forudse eller ikke havde kendskab til de skattemæssige konsekvenser af dispositionen på selvangivelsestidspunktet.

Med et sådant kriterium synes der at være en vid adgang til at opnå omgørelse, idet adgangen til omgørelse i forhold til betingelse nr. 2 alene baserer sig på en vurdering af, om skatteyder manglede forudseenhed eller viden. Det giver også anledning til et spørgsmål om, i hvor vid udstrækning man som skatteyder kan hævde, at man ikke var vidende om konsekvenserne af en given disposition.

**I TFS 2007, 234 LSR/SKM2006.789.LSR** havde en skatteyder i forbindelse med salg af et landbrugsareal og nogle maskiner opnået en skattepligtig avance. Skatteyderen indskød derfor ca. 1,5 mio.kr. på en ophørspension, jf. PBL § 15 A. Skatteyder havde imidlertid ikke indsendt den revisorerklæring om fortjenestens størrelse, der jf. PBL § 15 A, stk. 8 skal indsendes samtidig med selvangivelsen. Derfor godkendte skattemyndighederne ikke det foretagne fradrag.

Skatteyderen anmodede derfor om tilladelse til omgørelse, således at beløbet blev tilbageført til kontoen i virksomhedsordningen. Skattemyndigheden afviste anmodningen med den begrundelse, at der var tale om, at skatteyder ikke havde opfyldt de klare betingelser, der fremgår af PBL § 15 A. Der kunne derfor ikke være tale om utilsigtede skattemæssige virkninger.

Landsskatteretten tillod imidlertid omgørelsen, idet indbetalingen på ophørspensionen måtte antages at have haft en utilsigtet skattemæssig virkning. Landsskatteretten henviste direkte til TFS 2006, 925 H/SKM2006.629.HR og fremhævede, at det afgørende for at tillade omgørelse alene var, at de skattemæssige konsekvenser ikke var forudsat på dispositionstidspunktet.

Kendelsen bekræfter, at der er tale om en vid adgang til omgørelse. Det fremgår klart af PBL § 15 A, stk. 8, at fradraget for indbetalingen til en ophørspension er betinget af, at der foreligger en revisorerklæring. Skatteydernes manglende overholdelse af formalia medfører naturligvis, at der ikke kan gives fradrag. Det kan derfor synes berettiget, når skattemyndighederne i sådanne situationer finder, at der ikke er tale om en utilsigtet skattemæssig virkning, som skatteyder ikke kan have været uvidende om.

Omvendt er der ikke tvivl om, at indbetalingen på pensionsordningen er sket med henblik på at opnå skattemæssigt fradrag. Når skattemyndighederne nægter fradraget, har indbetalingen en utilsigtet skattemæssig virkning. Og det må være det, som Landsskatteretten vægter i sin afgørelse – den utilsigtede virk-

ning af indbetalingen – uagtet at skatteyder kunne have undgået den ved blot at overholde formalia.<sup>23</sup>

I **TfS 2008, 505 LSR/SKM2008.98.LSR** havde et moderselskab givet afkald på et allerede deklareret udbytte. Skattemyndighederne fandt, at der var tale om en skattepligtig gældseftergivelse for det udloddende datterselskab og havde beskattet det i overensstemmelse hermed.

Selskaberne anmodede om tilladelse til omgørelse, således at moderselskabet frafaldt sit afkald på udbytte. Landsskatteretten tillod dette, da den fandt, at alle betingelser i SFL § 29 var opfyldt.

I kendelsen er der ikke foretaget en selvstændig vurdering af, hvorfor betingelsen i SFL § 29, stk. 1, nr. 2 er opfyldt. Det konstateres blot, at det er tilfældet. Men i forhold til kravet om, at dispositionen skal have utilsigtede skattemæssige konsekvenser synes den manglende opmærksomhed omkring de skatteretlige konsekvenser af et afkald på deklareret udbytte at være et oplagt tilfælde. Det kan ikke forventes, at selskaberne har kendskab til, at det skatteretligt vil blive betragtet som en gældseftergivelse med de deraf følgende skatteretlige konsekvenser.

I en nyere afgørelse fra Landsskatteretten er det også kriteriet om manglende kendskab, der får en afgørende betydning for, om der kan gives tilladelse til omgørelse.

I **TfS 2009, 120 LSR/SKM2008.982.LSR** var et selskab, der var stiftet den 2. januar 2003, blevet likvideret den 15. september 2003. Selskabet havde oplyst, at likvidationen kort tid efter stiftelsen skyldtes en frygt for, at selskabet ville få indefrosset sine midler som følge af problemer i branchen. I forbindelse med likvidationen blev der til moderselskabet udbetalt et likvidationsprovenu på ca. 7,4 mio. kr.

Selskabet havde imidlertid ikke forudset, at likvidationen ville medføre beskatning af aktieavance hos moderselskabet som følge af den dagældende bestemmelse i LL § 16 A, stk. 1 om beskatning af likvidationsudlodning i opløsningsåret. Selskabet kunne have undgået denne beskatning, hvis beløbet var blevet udloddet som udbytte, og betingelserne i SEL § 13, stk. 1, nr. 2 samtidig var opfyldt. Der blev derfor anmodet om tilladelse til

<sup>23</sup> Der er også eksempler på praksis fra tiden før TfS 2006, 925 H/SKM2006.629.HR, hvor den manglende overholdelse af formalia ikke har været en hindring for omgørelse. I TfS 2004, 156 LR/SKM2004.32.LR blev der givet tilladelse til at omgøre valget af regnskabsår i forbindelse med en skattefri virksomhedsomdannelse. Selskabet havde i strid med betingelsen i LOSV § 3, stk. 2 valgt, at første regnskabsperiode skulle udgøre 18 måneder. Selskabet fik lov til at omgøre dette, så første regnskabsperiode udgjorde de krævede 12 måneder. I TfS 2006, 739 LSR/SKM2006.404.LSR blev der ligeledes givet tilladelse til omgørelse for en skatteyder, der havde placeret sin overskudslikviditet i virksomhedsordningen i investeringsbeviser, selv om det direkte fremgår af VSL § 1, stk. 2, at sådanne ikke kan indgå i virksomhedsordningen.

omgørelse, således at de skatteretlige konsekvenser skulle ske med udgangspunkt i en ændret likvidationsdato, der sikrede skattefrihed af udlodningen.

Det var under sagens behandling oplyst af selskabets revisor, at han var vidende om, at likvidationen på det pågældende tidspunkt ville medføre aktieavancebeskatning, men at det havde været hans indtryk, at likvidationen skulle ske snarest, og derfor var den blevet gennemført uden hensyntagen til muligheden for skattefrihed.

Landskatteretten afviste anmodningen med den begrundelse, at der ikke forelå utilsigtede skattemæssige virkninger. Der blev i præmissen dels lagt vægt på, at likvidationen var sket med professionel bistand, dels at revisor havde forklaret, at han var vidende om dispositionens skattemæssige virkninger.

Det er afgørende for udfaldet, at skatteyderes rådgiver efter det oplyste besad viden om de skatteretlige virkninger, og derfor foreligger der ikke utilsigtede skattemæssige virkninger. Kendelsen bidrager således med en præcisering af betydningen af Højesterets dom i TfS 2006, 925 H/SKM 2006.629.HR, idet det er tilstrækkeligt, at selskabets rådgivere har besiddet en viden om de skatteretlige konsekvenser – i hvert fald i denne situation, hvor rådgiverne med Landskatterettens ord har ydet professionel bistand i forbindelse med likvidationen.

Ved en sammenligning af kendelsen med sagen i TfS 2008, 505 LSR/SKM2008.98.LSR og særligt sagerne om manglende opfyldelse af formalia, kan det konkluderes, at kriteriet om skatteyderes viden om de skattemæssige konsekvenser har en central funktion i forhold til vurderingen af »utilsigtede skattemæssige virkninger«. De skattemæssige virkninger af et afkald på deklareret udbytte forekommer umiddelbart mindst lige så forudsigelige og åbenbare som beskatningen af en likvidationsudlodning som enten aktieavance eller udbytte – med de deraf følgende forskellige skatteretlige konsekvenser. Men hvis skatteyder har været uvidende herom, kan skatteyder forvente at opnå tilladelse til omgørelse.

### *3.2.2 Selvangivelsesomgørelse*

Med indførelsen af hjemlen til selvangivelsesomgørelse eller med lovens ord selvangivelsesomvalg i SFL § 30 er der skabt mulighed for, at skatteyder efterfølgende kan ændre et valg, der er truffet i forbindelse med indgivelse af selvangivelsen – en mulighed, der bryder med udgangspunktet om selvangivelsesens dispositivitet i relation til sådanne valg.

Bestemmelsen hjemler omgørelse i den situation, hvor skatteyder ønsker at ændre de valg, som vedkommende har foretaget i sin selvangivelse. Det kan fx være valget af afskrivningsprocenter, valget af værdiansættelsesprincipper i forhold til varelageret eller valget af beskatning i henhold til virksomhedsordningen.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 3, 4. udgave, s. 577-578. Det vil være aktuelt i situationer, hvor omvalget ikke kan ske med hjemmel i anden lovgivning, jf. eksemplerne herpå i note 1.

Adgangen til selvangivelsesomvalg forudsætter, at SKAT har foretaget en indkomstansættelse, der har betydning for valget, og at dette som følge heraf har fået utilsigtede skattemæssige konsekvenser.<sup>25</sup>

En umiddelbar fortolkning af bestemmelsen fører derfor til, at der skal være en direkte sammenhæng mellem den foretagne ændring af skatteansættelsen og det valg, der ønskes ændret. Det vil sige, at der først skal foretages en vurdering af, om den foretagne ændring har betydning for det foretagne valg, og dernæst en vurdering af, om opretholdelsen af det oprindelige valg vil have utilsigtede skattemæssige konsekvenser.

I TfS 2004, 402 LR/SKM2004.196.LR var kravet til denne sammenhæng til vurdering. En skatteyder anmodede om tilladelse til at ændre sit valg med hensyn til placeringen af en bil i virksomhedsordningen i indkomståret 2002. Skatteyder havde valgt at placere bilen i virksomhedsordningen, dels for ikke at skulle hæve midler til købet af denne, dels for at bevare muligheden for at opspare overskud.

I forbindelse med ligningen af indkomståret 2001 gennemførte skattemyndighederne ændringer af ansættelsen, der betød, at indestående på mellemregningskontoen var hævet ved udgangen af indkomståret 2001. Det betød, at forudsætningerne for skatteydere valg af at have bilen i virksomhedsordningen var bortfaldet, og skatteyder ønskede derfor tilladelse til at foretage et omvalg og placere bilen uden for virksomhedsordningen.

Ligningsrådet fandt, at valget af at placere bilen i virksomhedsordningen måtte antages at have u hensigtsmæssige skattemæssige virkninger, og derfor skulle skatteyder have tilladelse til omvalg, selv om den foretagne ansættelsesændring i indkomståret 2001 ikke direkte vedrørte valget af at placere bilen i virksomhedsordningen i 2002.

Et væsentligt element i Ligningsrådets argumentation for, hvorfor der kunne gives tilladelse til selvangivelsesomvalg, er henvisningen til udtrykket »uhensigtsmæssige skattemæssige virkninger«. Udtrykket fremgår ikke af SFL § 30, der anvender udtrykket »utilsigtede skattemæssige virkninger«. Udtrykket stammer derimod fra de almindelige bemærkninger til bestemmelsen, hvor det er anført, at skattemyndighedernes tilsidesættelse af selvangivelsen kan betyde, at et foretaget valg får uhensigtsmæssige skattemæssige virkninger, som den skattepligtige ikke kunne forudse på tidspunktet for indgivelse af selvangivelsen. I en sådan situation vil det være urimeligt at fastholde den skattepligtige på sit valg.<sup>26</sup>

I sin afgørelse argumenterer Ligningsrådet for, at »uhensigtsmæssige skattemæssige virkninger ... dækker over andet og mere end »utilsigtede skattemæssige virkninger«.« I forlængelse heraf er det anført, at det i den konkrete sag er tvivlsomt, om valget har utilsigtede skattemæssige virkninger.

<sup>25</sup> Det er desuden en forudsætning, at skatteyder ansøger SKAT om tilladelse, og det skal ske senest 6 måneder efter, at den skattepligtige er kommet til kundskab om den ændring, der begrundes anmodningen.

<sup>26</sup> De almindelige bemærkninger til L 175, 2002/03.

ger, da der ikke er ændret på de skattemæssige konsekvenser af beskatningen af bilen. Men da begrundelsen for at placere bilen i virksomhedsordningen er faldet bort, har valget haft u hensigtsmæssige skattemæssige konsekvenser.<sup>27</sup>

Der er således med den daværende Told- og skattestyrelses ord tale om en situation, hvor der med støtte i forarbejderne til den dagældende SSL § 37 D (nugældende SFL § 30) kan ske en lempelig fortolkning.<sup>28</sup> Det bliver derfor centralt for bestemmelsens anvendelsesområde at vurdere grænserne for den lempelige fortolkning.

**I TfS 2004, 689 LR/SKM2004.349.LR** anmodede en skatteyder om tilladelse til omvalg. Skatteyder anvendte virksomhedsordningen og havde i forbindelse med et delsalg af sin lægepraksis placeret tilgodehavendet herfra i sin privatøkonomi. Det havde den konsekvens, at beløbet ansås for at være hævet i virksomhedsordningen med en deraf følgende beskatning af indestående på konto for opsparret overskud.

I forbindelse med ligningen af delsalget ændrede skattemyndighederne ansættelsen vedrørende avance ved salg af goodwill og driftsmidler. Skatteyder anmodede i den forbindelse om tilladelse til at placere tilgodehavendet fra delsalget i virksomhedsordningen.

Ligningsrådet afslog anmodningen med den begrundelse, at den ændrede skatteansættelse ikke vedrørte tilgodehavendet fra delsalget, og desuden havde ansættelsesændringen ikke betydning for »... den skattemæssige virkning og/eller hensigtsmæssigheden af det foretagne valg.«

Den sidste tilføjelse vedrørende hensigtsmæssigheden af valget antyder, at Ligningsrådet også har inddraget den lempelige fortolkning af bestemmelsen ved sin vurdering af sagen. Og selv med en lempelig vurdering giver dette tilfælde ikke adgang til omvalg. Det forhold, at skattemyndighederne ændrer på de avanceopgørelser, der er foretaget i forbindelse med delsalget, har ingen konsekvenser for den hævnning, som placeringen af tilgodehavendet uden for virksomhedsordningen medfører.

<sup>27</sup> I de særlige bemærkninger til bestemmelsen i L 175, 2002/03 er valg i forhold til virksomhedsordningen nævnt som et eksempel på, hvornår der kan ske omvalg. Eksemplet vedrører den situation, hvor skattemyndighederne finder, at en bil, der er placeret i virksomhedsordningen, udelukkende anvendes privat. I den situation skal skatteyder have mulighed for gennem omvalg at placere bilen uden for virksomhedsordningen og dermed undgå beskatning af fri bil.

<sup>28</sup> Ifølge de særlige bemærkninger til bestemmelsen skal den skattepligtige godtgøre, at det vil have økonomiske konsekvenser at opretholde det foretagne valg. I TfS 2005, 789 LR/SKM2005.390LR fandt Ligningsrådet, at en koncern ikke kunne fortryde en fejlagtig ophævelse af en sambeskatning mellem to selskaber, da ophøret af sambeskatningen ikke havde økonomiske konsekvenser for selskaberne. Der var tilsyneladende heller ikke foretaget en ansættelsesændring, der kunne begrunde et omvalg.



På baggrund af denne afgørelse må vurderingen af, om der foreligger uhensigtsmæssige skattemæssige konsekvenser, ske med udgangspunkt i, om den foretagne ansættelsesændring som minimum har en vis indflydelse på forudsætningerne for det foretagne valg. Senere praksis viser imidlertid, at der ikke nødvendigvis er dette krav om sammenhæng.

**I TfS 2007, 551 DEP/SKM2007.371.DEP** havde en brancheforening indgivet selvangivelse for indkomståret 2001, der var foreningens første indkomstår. I 2005 blev foreningen opmærksom på, at den kunne have indgivet erklæringsskema efter FBL § 15, stk. 2, da den ikke havde renteindtægter, der oversteg beløbsgrænsen i denne bestemmelse. Foreningen havde derfor fejlagtigt betalt knap 200.000 kr. i skat.

Foreningen anmodede om tilladelse til at foretage et omvalg med hensyn til valget af selvangivelsesform, således at den indsendte selvangivelse blev erstattet af et erklæringsskema. Landsskatteretten havde afvist anmodningen med den begrundelse, at der var tale om et omvalg af selvangivelsesformen, som ikke er hjemlet i SSL § 37 D (nugældende SFL § 30), der vedrører omvalg af selve indholdet af selvangivelsen eller det selvangivne. Ved sagens behandling for byretten indgik Skatteministeriet et forlig. Det var begrundet med, at SSL § 37 D »... må antages at have en rækkevidde, der med støtte i forarbejderne til bestemmelsen omfatter situationer, hvor der er tale om »uhensigtsmæssige skattemæssige virkninger« beroende på egentlige fejltagelser.«

Hvis skattemyndighederne havde foretaget en ændring af den indsendte selvangivelse, der havde medført utilsigtede skattemæssige virkninger, kan det ikke afvises, at der ville have været grundlag for en ændring af selvangivelsesformen, hvis disse virkninger kunne være undgået ved alternativt at indsende et erklæringsskema.

Brancheforeningen fik derfor tilladelse til at ændre selvangivelsesformen med hjemmel i den dagældende SSL § 37 D.

Det interessante ved forliget er for det første, at situationen som udgangspunkt ikke er omfattet af dagældende SSL § 37 D (nugældende SFL § 30), idet ansættelsen er sket i overensstemmelse med det selvangivne. Den objektive del af bestemmelsen er dermed ikke opfyldt. Der sker imidlertid en bred fortolkning af dette objektive kriterium, idet det bliver afgørende, om en hypotetisk ændring af skatteansættelsen ville have muliggjort et selvangivelsesomvalg.

For det andet giver forliget et væsentligt bidrag til afgrænsningen af det subjektive kriterium »utilsigtede skattemæssige konsekvenser«, der jævnfør forliget skal anses for at omfatte »... situationer, hvor der er tale om »uhensigtsmæssige skattemæssige virkninger« beroende på egentlige fejltagelser.« Det vil sige, at indholdet af det bredere begreb »uhensigtsmæssige skattemæssige virkninger« også omfatter egentlige fejltagelser. Det indebærer tilsyneladende en nedtoning af ordet »utilsigtede« i loven, idet det ikke er afgørende, om det foretagne valg har resulteret i en skatteansættelse med

en anden virkning end forudsat, men derimod alene om valget har resulteret i en skatteansættelse, der beror på en fejltagelse.<sup>29</sup>

I en kommentar til forliget anfører Tommy V. Christiansen også, at Skatteministeriet med forliget har »... accepteret et noget videre anvendelsesområde for skattestyrelseslovens § 37 D, end hvad lovens ordlyd og forarbejder umiddelbart synes at føre til.«<sup>30</sup> I forlængelse heraf konkluderes det, at adgangen til et selvangivelsesomvalg ikke forudsætter en ansættelsesændring, men blot, at det tidligere trufne valg senere viser sig at være uhensigtsmæssigt.<sup>31</sup>

Afgørelsen i TfS 2008, 109 LSR/SKM2007.461.LSR sætter dog spørgsmålstegn ved, om forliget i TfS 2007, 551 DEP/SKM2007.371.DEP har en så vidtgående konsekvens, at det alene skal tillægges betydning, at det trufne valg efterfølgende viser sig at være uhensigtsmæssigt.

**I TfS 2008, 109 LSR/SKM2007.461.LSR** havde en skatteyder beregnet ejertidsnedslag efter bestemmelsen i EBL § 6, stk. 3 i forbindelse med delsalg af en ejendom i indkomstårene 2001 og 2002. Skatteyder afstod restejeendommen i 2004 og anvendte i den forbindelse bestemmelsen i EBL § 6, stk. 2 om bundfradrag for blandet benyttede ejendomme. Skattemyndighederne afviste bundfradraget, idet anvendelsen af ejertidsnedslag ved delsalgene udelukker anvendelsen af bundfradrag. Skatteyder anmodede derfor om tilladelse til omvalg med hensyn til valget af ejertidsnedslag i indkomstårene 2001 og 2002. De lokale skattemyndigheder og efterfølgende Landsskatteretten tillod ikke dette med den begrundelse, at valget af ejertidsnedslag ikke havde haft utilsigtede skattemæssige konsekvenser, fordi det fremgår af bestemmelsen herom i EBL § 6, stk. 2, at den udelukker bundfradrag efter EBL § 6, stk. 3.

Når sagens fakta sammenholdes med den lempelige fortolkning af bestemmelsen, som praksis lægger op til, har valget af ejertidsnedslag i 2001 og 2002 uhensigtsmæssige skattemæssige konsekvenser for skatteansættelsen i 2004. En forklaring på den manglende adgang til omvalg i denne situation må være, at valget af at foretage ejertidsnedslag ikke udgjorde en fejltagelse, da det klart fremgår af EBL § 6, stk. 2 og 3, at valget af den ene bestemmelse udelukker den anden. Det må derfor antages, at der har været tale

<sup>29</sup> I TfS 2008, 201 LSR/SKM2007.732.LSR får skatteyder tilladelse til at placere gælden vedrørende en udlejningsejendom uden for virksomhedsordningen. Hermed undgik skatteyder de skattemæssige konsekvenser af, at indskuddet af ejendommen i virksomhedsordningen fejlagtigt var sket efter bruttoprincippet.

<sup>30</sup> Tommy V. Christiansen, Selvangivelsesomvalg, *JUS* 2007, 26. Der henvises i kommentaren til skattestyrelseslovens § 37 D, da forliget vedrører den dagældende bestemmelse om selvangivelsesomvalg.

<sup>31</sup> Der kan med dette forlig sættes spørgsmålstegn ved, om afgørelsen i TfS 2004, 689 LR/SKM2004.349 LR ville have fået et andet udfald, da placeringen af tilgodehavendet fra delsalget af virksomheden i privatøkonomien må antages at bero på en fejltagelse.

om et bevidst valg mellem de to bestemmelser. Grænsen mellem de valg, der kan begrunde selvangivelsesomvalg og de valg, der ikke kan, synes imidlertid med denne afgørelse at være hårfin.

Sammenfattende kan det konkluderes, at bestemmelsen i praksis har et bredere anvendelsesområde end en fortolkning af dens ordlyd umiddelbart antyder. Det er således ikke en betingelse, at ansættelsesændringen har en direkte indflydelse på og dermed betydning for det foretagne valg. Det er derimod tilstrækkeligt, at det foretagne valg viser sig at have uhensigtsmæssige skattemæssige konsekvenser. Skatteyder har derfor en bred adgang til at opnå tilladelse til selvangivelsesomvalg.

#### 4. Sammenfatning og konklusion

Emnet for denne artikel er skatteydere adgang til at fortryde i forhold til sin selvangivelse. Hvad enten der er tale om genoptagelse eller omgørelse, ønsker skatteyder at ændre sin selvangivelse – enten ved at ændre i de oplysninger, der er afgivet i forbindelse med selvangivelsen, eller ved at ændre i de valg, der er truffet.

Muligheden for at fortryde de oplysninger, der er afgivet, og de valg, der er truffet i forbindelse med selvangivelsen, kan ske ved at anmode om ordinær eller ekstraordinær genoptagelse samt omgørelse eller selvangivelsesomvalg.

Det er kendetegnende for såvel adgangen til ekstraordinær genoptagelse som ændringen af trufne valg, at der ikke er fri adgang hertil, enten fordi der er tale om fristgennembrud, eller fordi der er tale om et område, hvor selvangivelsen er dispositiv. Vurderingen af, om skatteyder kan fortryde, er derfor bl.a. betinget af, at der foreligger »særlige omstændigheder«, når skatteyder ønsker ekstraordinær genoptagelse, »utilsigtede skattemæssige virkninger«, når skatteyder ønsker omgørelse, og »utilsigtede skattemæssige konsekvenser«, når skatteyder ønsker selvangivelsesomvalg.

I betragtning af, at bestemmelserne i alle tilfælde hjemler fortrydelse, kunne man forvente en vis ensartethed ved fastlæggelsen og vurderingen af de kriterier, der giver adgang til fortrydelse. Analysen heraf viser imidlertid, at det ikke er tilfældet. Adgangen til ekstraordinær genoptagelse efter SFL § 27, stk. 1, nr. 8 sker således på baggrund af en restriktiv fortolkning af »særlige omstændigheder«, mens adgangen til selvangivelsesomvalg sker på baggrund af en vid og lempelig fortolkning af »utilsigtede skattemæssige konsekvenser« i SFL § 30.

I praksis skal der ved fortolkningen af utilsigtede skattemæssige konsekvenser lægges vægt på, om der foreligger uhensigtsmæssige skattemæssige konsekvenser. Det sker efter et af to kriterier. Det foretagne valg skal enten bero på en egentlig fejltagelse, som ville kunne begrunde et selvangivelsesomvalg, hvis der blev foretaget en ansættelsesændring. Alternativt kan der

opnås tilladelse til selvangivelsesomvalg, når den foretagne ansættelsesændring har en vis indflydelse på forudsætningerne for det foretagne valg, uden at den nødvendigvis har en direkte betydning for valget.

Ved vurderingen af, om der foreligger særlige omstændigheder, der kan begrunde en ekstraordinær genoptagelse, fremgår det af praksis, at skatteydere fejltagelser ikke giver adgang til fortrydelse, når fejltagelsen skyldes skatteydere egne forhold. Når der sammenlignes med praksis for selvangivelsesomvalg, giver det anledning til at spørge, om fortolkningen er for snæver, når der henses til, at formålet med vedtagelsen af bestemmelsen var at skabe en »sikkerhedsventil« for de tilfælde, hvor det vil være åbenbart urimeligt at opretholde ansættelsen.

I de tilfælde, hvor anmodningen om ekstraordinær genoptagelse vedrører ønsket om at ændre en fejlagtig oplysning, kan det undre, at beløbsmæssigt væsentlige fejltagelser ikke kan begrunde en ekstraordinær genoptagelse, da der ikke er tale om ændring af en dispositiv selvangivelse. Genoptagelsen er alene begrænset af frist- og forældelsesreglerne, men i det omfang skatteyder kan dokumentere den beløbsmæssige opgørelse, forekommer det restriktivt, at et sådant forhold ikke kan udgøre en særlig omstændighed.

Det fremgår af forarbejderne til SFL § 27, stk. 1, nr. 8, at der skal foretages en konkret bedømmelse, hvor de i forarbejderne nævnte omstændigheder kan indgå. Men det er ikke angivet, at de nævnte omstændigheder er udtømmende. De særlige omstændigheder, der ikke kan bebrejdes den skattepligtige, er således nævnt som eksempler på, hvornår bestemmelsen kan finde anvendelse. Desuden er der ikke i forarbejderne angivet en prioritering af kriterierne.

Der kan derfor sættes spørgsmålstegn ved, om det er korrekt, at der ved den konkrete bedømmelse alene fokuseres på forarbejdernes omtale af det manglende fradrag uden at inddrage de øvrige omstændigheder – fx den beløbsmæssige betydning for skatteyder af den urigtige ansættelse. I TfS 2006, 799 LSR/SKM2006.467.LSR får den beløbsmæssige størrelse af den urigtige ansættelse således betydning for, om der foreligger særlige omstændigheder, selv om der er tale om et glemt fradrag.

Inddrages praksis om adgangen til omgørelse i denne sammenhæng fremgår det, at tilstedeværelsen af utilsigtede skattemæssige virkninger primært forudsætter, at skatteyder ikke har været vidende om eller ikke har forudset de skattemæssige virkninger. Det betyder, at manglende overholdelse af formalia kan begrunde en omgørelse, blot skatteyder ikke har været vidende herom. Praksis hjemler således adgang til omgørelse af en ellers dispositiv selvangivelse, når skatteyder har begået en fejl i form af manglende opmærksomhed omkring formalia, mens den fejltagelse, der skyldes fx bogføringsfejl, ikke giver adgang til ekstraordinær genoptagelse.

Det forekommer unødigt restriktivt, særligt når der henses til, at fejltagelsen ville give adgang til ordinær genoptagelse, hvis blot anmodningen om

genoptagelse var fremsat inden udløbet af den ordinære ansættelsesfrist. I den sammenhæng skal der også peges på, at tilladelse til omgørelse giver adgang til ekstraordinær genoptagelse efter SFL § 27, stk. 1, nr. 1 om ændring i det privatretlige grundlag for en afgørelse. Så hvis blot skatteyderes fortrydelse vedrører et fejlagtigt valg, hvor vedkommende ikke havde kendskab til de skattemæssige konsekvenser på selvangivelsestidspunktet, kan skatteyder indirekte opnå adgang til ekstraordinær genoptagelse gennem adgangen til omgørelse. Det er derimod ikke tilfældet, når skatteyder ønsker at ændre en fejlagtig oplysning i selvangivelsen, når fejltagelsen kan tilskrives skatteyderes egne forhold.

Den foreliggende praksis på området for ekstraordinær genoptagelse som følge af særlige omstændigheder er således mere restriktiv end den praksis, der giver adgang til omgørelse og selvangivelsesomvalg, selv om der i sidstnævnte tilfælde er tale om ændring af en ellers dispositiv selvangivelse.

Den foreliggende praksis bekræfter imidlertid den indsigelse mod den nugældende SFL § 27, stk. 1, nr. 8, som Mette Hastrup Andersen fremsatte på det tidspunkt, hvor bestemmelsen var helt ny og dermed ikke havde udmøntet sig i en praksis på området. Hun kritiserede blandt andet bestemmelsens »sikkerhedsventil« for, at den vil give en række borgere håb om en genoptagelse i tilfælde, hvor det ikke har været intentionen. Borgerens retssikkerhed vil derfor ikke være styrket med vedtagelsen af dette subjektive kriterium.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Mette Hastrup Andersen, Skatteretlig genoptagelse – i forvaltningsretlig belysning, s. 241. Mette Hastrup Andersens bemærkninger vedrører den dagældende bestemmelse i SSL § 35, stk. 1, nr. 8 (nugældende SFL § 27, stk. 1, nr. 8).

# »Forpagtningsaftaler« og lejelovgivningens anvendelsesområde

af

*Jakob Juul-Sandberg*

## 1. Introduktion

Lejeaftalen er en formueretlig aftale. Såvel i forbindelse med indgåelsen af lejeaftalen som under aftalens forløb finder de almindelige aftaleretlige regler anvendelse ved siden af lejelovgivningens. Eksemplerne herpå fra retspraksis er legio, se således fx T:BB 1998.86 V og T:BB 2007.275 B om tilbud og accept, T:BB 1999.329 V om anvendelse af den legale acceptfrist, T:BB 1999.325 V, U 2000.2074 V og U 2004.1653 V om vurderingen af hvorvidt der var indgået en aftale, samt T:BB 1998.125 V og U 2000.1624 V om fortolkningen af lejeaftaler (gennem anvendelsen af de aftaleretlige fortolkningsregler).<sup>1</sup>

Ved indgåelse af en lejekontrakt stilles der ikke særlige aftaleretlige krav til, hvornår en aftale må anses som værende omfattet af lejelovgivningen. Der kan ikke opstilles særlige krav til skriftlighed, formulering eller omfang. Det lejeretlige element – adgangen til brug af hus eller husrum – kan ligeledes være integreret i en kontrakt, der også indeholder forhold, der ikke vedrører anvendelsen af hus eller husrum. Efter Erhvervslejelovens (EL)<sup>2</sup> ikrafttræden pr. den 1.1.2000 er aftalefriheden ved indgåelse af lejeaftaler for lokaler, der anvendes til andet end beboelse, blevet forøget, idet antallet af præceptive bestemmelser i EL er begrænset.

Derved kan der – måske i videre omfang end det tidligere (før EL) har været tilfældet – opstå en form for overlap i forhold til andre kontrakttyper, hvorved kontraktens udformning kan give anledning til afgrænsningsproblemer.<sup>3</sup> Det skyldes, at aftaler om brug af fast ejendom som udgangspunkt er omfattet af lejelovgivningen, jf. lejelovens § 1 og EL § 1 (hvis fortolk-

<sup>1</sup> Se også *Niels Grubbe og Hans Henrik Edlund: Boliglejeret*, 2008, s. 52 f.

<sup>2</sup> Lov nr. 1999.934.

<sup>3</sup> Se også *Karin Laursen: Erhvervslejeretten*, 2003, s. 19 (note 4 i slutningen).

ning er sammenfaldende) – også selvom brugsretten indgår i et kontraktforhold, der tillige indeholder andre forpligtelser og rettigheder for de involverede parter.

Sådanne kontraktforhold kan i denne sammenhæng karakteriseres som »sammensatte kontraktforhold«, hvorunder »forpagtningsaftalen« også hører. Disse kontraktforhold kan defineres som aftaler, hvor den samme aftale indeholder elementer, der vedrører forskellige kontrakttyper, som hver især kan reguleres efter forskellige obligationsretlige regelsæt – fx overdragelse af løsøre (køb), arbejdsforpligtelser, entrepriserforhold mv. – og samtidig elementer, der relaterer sig til brugsretten til fast ejendom og således lejelovgivningen.<sup>4</sup>

Uden at aftaleparterne er opmærksomme på det ved indgåelsen af aftalen, kan forpagtningsaftalen på den baggrund være omfattet af lejelovgivningen, hvilket kan få en række utilsigtede konsekvenser for den ene aftalepart (udlejer) i forhold til den anden aftalepart (lejer), der kan opnå den beskyttelse, som lejelovgivningen på en række områder giver en lejer – fx vedrørende opsigelsesadgang, tvistbehandlingsfora eller vederlagsregulering, og som aftaleparten ikke ellers ville have efter kontraktens ordlyd, da udgangspunktet ved indgåelse af formueretlige kontrakter er aftalefrihed.

Formålet med denne artikel er på denne baggrund – med udgangspunkt i forpagtningsaftalebegrebet – at belyse retstilstanden på området og herunder hvilke momenter i kontrakten, der kan have særlig betydning for den retlige kvalifikation af sådanne aftaler i forhold til lejelovgivningen.

## 2. Forpagtningsbegrebet i lejeretligt perspektiv

Om en kontrakt benævnes lejeaftale, forpagtningsaftale eller noget helt tredje er uden betydning for kontraktens retlige kvalifikation. Afgrænsningen mellem lejeaftaler og »noget andet« er interessant på grund af lejelovgivningens præceptive regler.

Forpagtningsaftalen som kontrakttype anvendes oftest inden for landbruget,<sup>5</sup> men også i mange tilfælde inden for andre brancher – fx restaurationsbranchen. En forpagtningsaftale er som kontraktform eller type ikke underkastet nogen samlet lovgivning med præceptive bestemmelser.<sup>6</sup> Selve definitionen og afgrænsningen af, hvad en »forpagtningsaftale« er, har dog været genstand for en vis behandling i den juridiske teori siden *Frederik Theo-*

<sup>4</sup> Se generelt hos *Halfdan Krag Jespersen: Lejeret 1*, 1989, s. 37 f., samt *Niels Grubbe og Hans Henrik Edlund: Boliglejeret*, 2008, s. 26 ff.

<sup>5</sup> Se herom *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning*, 1999.

<sup>6</sup> *Niels Gesner: Erhvervslejeret*, 2. udgave, 1993, s. 22, *Halfdan Krag Jespersen: Lejeret 1*, 1989, s. 48.

*dor Hurtigkarl*<sup>7</sup> og *Anders Sandøe Ørsted*,<sup>8</sup> men der gælder ikke noget endtydigt fastlagt forpagtningsbegreb i dansk ret.<sup>9</sup>

I nyere teori har begrebet generelt – og uden særligt fokus alene på afgrænsningen til lejeaftaler og lejelovgivningens anvendelsesområde – været behandlet hos *R. Koch Nielsen*<sup>10</sup> og udførligt hos *Peter Mortensen*.<sup>11</sup> Ligeledes er begrebet behandlet i den lejeretlige litteratur specifikt med henblik på vurderingen af, hvornår et kontraktforhold er omfattet af lejelovgivningen.

*Niels Gesner* angiver således i et forsøg på en positiv karakteristik heraf, at »forpagtning defineres traditionelt som overladelse af en fast ejendom med hertil knyttet erhvervsvirksomhed til drift mod et vederlag, der normalt forfalder periodisk«. <sup>12</sup> Definitionen hos *Bang Henriksen* og *Muurholm* er tilsvarende.<sup>13</sup> Det er overladelsen af erhvervsvirksomheden (til drift) og vederlaget, der fremhæves.

At der betales vederlag er dog et generelt krav for, at en aftale om brug af fast ejendom er omfattet af lejelovgivningen – i modsætning til eje eller lån.

Afgrænsningen er formentlig ment således, at det, der adskiller forpagtning fra leje, er, om vederlaget betales for drift af erhvervsvirksomheden eller for brugen af den faste ejendom – hvis dette kan udledes af aftalen.

Hvorvidt det har betydning, hvilket moment i en forpagtningsaftale vederlaget sammenkobles med (brugen af fast ejendom, virksomhedens værdi, omsætning eller noget tredje), behandles nedenfor i afsnit 4.2.

*Niels Grubbe* beskriver forpagtningsaftalen som »en aftale, hvorefter bortforpagteren mod et periodisk forfaldent vederlag overlader forpagteren ret og pligt til at fortsætte driften af en bortforpagter tilhørende virksomhed«. <sup>14</sup> *Grubbe* lægger vægten på, at der skal være tale om overladelse af drift af en virksomhed, og forfatteren synes ved anvendelse af ordet *fortsætte* at indfortolke et krav om, at der skal være tale om en eksisterende virksomhed, der skal drives videre, for at der foreligger forpagtning. Synspunktet bekræftes også længere fremme hos forfatteren, hvor det anføres, at forpagteren driver en »allerede eksisterende erhvervsvirksomhed« i modsæt-

<sup>7</sup> *Frederik Theodor Hurtigkarl*: Den Danske og Norske Private Rets første Grunde, 2. Del, 2. Bind, 1817.

<sup>8</sup> *Anders Sandøe Ørsted*: Haandbog over den danske og norske lovkyndighed, 5, 1832, s. 522 f.

<sup>9</sup> *Peter Mortensen*: Landbrugsforpagtning, 1999, s. 164.

<sup>10</sup> *R. Koch Nielsen*: »Om »moderne forpagtningskontrakter« i Juristen 1960, s. 127 f.

<sup>11</sup> *Peter Mortensen*: Landbrugsforpagtning, 1999 – særligt s. 147 ff.

<sup>12</sup> *Niels Gesner*: Erhvervslejeret, 2. udgave, 1993, s. 22.

<sup>13</sup> *Preben Bang Henriksen* og *Stephan Muurholm*: Erhvervslejeretten, 1997, s. 3.

<sup>14</sup> *Niels Grubbe*: Erhvervslejeloven, 1993, s. 29.



ning til erhvervslejer, der fra de lejede lokaler driver en virksomhed, som han enten selv har skabt, eller som han har købt.<sup>15</sup>

Spørgsmålet, om afgrænsningen kan ske på baggrund af et krav om, at forpagtning – i modsætning til leje – kræver, at der overtages en eksisterende virksomhed, behandles nedenfor i afsnit 4.3.

*Koch Nielsens* definitioner af forpagtningsbegrebet i forhold til lejeaftalen er tilsvarende et forsøg på en positiv afgrænsning: »Er der tale om en forpagtningsaftale, er det forpagtningsgiveren, der ejer virksomheden, og er det blot tale om leje af lokaler, er det lejer, der ejer den fra lokalerne drevne virksomhed«. <sup>16</sup> *Koch Nielsen* anvender derved også et kriterium om, at der skal overdrages en virksomhed, for at der er tale om forpagtning. Det er ikke lejers egen (nye) virksomhed, som nu bliver drevet fra lokalerne. Heri kan måske også indfortolkes et krav om fortsættelse af en eksisterende virksomhed, jf. lige ovenfor og nedenfor i afsnit 4.3.

Spørgsmålet om en positiv definition og afgrænsning af forpagtningsaftalebegrebet i relation til, hvornår lejelovgivningens regler finder anvendelse, synes dog i nogen grad at være uinteressant, idet en negativ afgrænsning af begrebet må være det mest praktisk operationelle. En positiv afgrænsning er derfor umiddelbart unødvendig, da en aftale, der er omfattet af lejelovgivningens regler, ikke er en forpagtningsaftale men en lejeaftale.<sup>17</sup> Hvad der falder her udenfor, reguleres ikke af lejelovgivningens regler og er i denne sammenhæng uinteressant.

*Halfdan Krag Jespersen* afstår således også fra en egentlig definition af begrebet ud fra den opfattelse, at en sådan er unødvendig, da der ikke findes præceptive lovbestemmelser, som tvinger til en sådan definition.<sup>18</sup>

Den negative afgrænsning skal dog anvendes i det lys, at det under alle omstændigheder er nødvendigt at se på alle den omtvistede aftales momenter, når det skal vurderes, om kontraktforhold er omfattet af lejelovgivningen, jf. lige ovenfor. Afgrænsningen betyder dog, at det ikke er nødvendigt retligt at kvalificere det, der ikke vedrører brug af fast ejendom.

### 3. Grundlaget for fortolkning

Uanset hvorledes en kontrakt er benævnt, vil det være kontraktens faktiske indhold, der er afgørende for, om aftalen er omfattet af lejelovgivningen. Det er ikke muligt at aftale sig ud af lejelovgivningen. En forpagtningsaftale har en række karakteristika, som i et vist omfang overlapper de karakteristi-

<sup>15</sup> Op. cit. s. 30.

<sup>16</sup> *Juristen* 1960, s. 127 ff.

<sup>17</sup> Se således *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning*, 1999, s. 157.

<sup>18</sup> *Halfdan Krag Jespersen: Lejeret 1*, 1989, s. 48. Kritisk herom *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning*, s. 158 f.

ka, der er kendetegnende for et leje forhold, hvilket naturligtvis er grundlag for, at afgrænsningsspørgsmålet opstår.

På den baggrund kan det foreløbigt konkluderes, at hvorvidt et retsforhold er at anse som leje, og dermed omfattet af lejelovgivningen, eller som forpagtning, og dermed uden for regulering af et samlet regelsæt med præceptive lovbestemmelser, beror på en konkret analyse af det pågældende kontraktforhold, hvor en helhedsvurdering af, hvad der er det væsentligste element i kontrakten, bliver afgørende.<sup>19</sup> Derved bliver de elementer, der er karakteristiske for kontrakttypen, interessante.

Helhedsvurdering af kontraktforholdet må foretages på grundlag af omstændighederne ved aftalens indgåelse, og den indebærer en analyse og fortolkning af det samlede sæt kontraktbestemmelser og relationen til anvendelsen af de lokaler, som implicit indgår som et element i kontrakten, når det er afgrænsningen i forhold til lejelovgivningen, der er interessant. Det vil fx sige, at det skal vurderes, på hvilke områder kontrakten væsentligt adskiller sig fra »almindelige« erhvervsleje forhold, og i hvilket omfang kontrakten indeholder bestemmelser, der ikke har noget med brugen af hus eller husrum at gøre.

I denne helhedsvurdering indgår, hvad der betales vederlag for, hvilke betingelser driften af virksomheden fra lokalerne udøves under, hvad brugsretten omfatter, hvem der bærer økonomisk risiko for driften, samt eventuelle andre forhold i tilknytning hertil. Denne vurdering sker i sidste ende hos domstolene, hvor spørgsmålet, hvorvidt en forpagtningsaftale er omfattet af lejelovgivningen, har været undergivet prøvelse i en længere række tvister, hvilket dokumenterer den usikkerhed om den retlige kvalifikation, som hersker på området.<sup>20</sup>

I praksis har afgrænsningerne givet anledning til en række tvister, der er kendetegnet ved, at de i hvert tilfælde drejer sig om en konkret individuel vurdering af det enkelte omtvistede kontraktforhold. Præjudikatsværdien af afgørelserne fra domstolene kan derfor være begrænset, men på en række punkter kan de indeholdte karakteristika dog sammenlignes, og en række fælles træk opstilles med henblik på en opridsning af, hvad (hvor meget/hvor lidt) der skal til, for at domstolene anser en aftale, der er benævnt forpagtningsaftale, for omfattet af lejelovgivningen.

<sup>19</sup> *Halfdan Krag Jespersen: Lejeret 1, s. 37, Kallehaug og Blom: Kommentar til lejelovene, bind I, 1980, s. 19, Niels Grubbe: Erhvervslejeloven, 1993, s. 29 f.*

<sup>20</sup> *Se om forpagtningsbegrebet også hos: Henry Ussing: Enkelte kontrakter, 2. udg., 1946, Niels Gesner: Håndbog i ejendomshandel, 5. udg., 1990, Niels Gangsted-Rasmussen: Erhvervslejemål, 6. udg., 2006, H. Kallehaug i U 1971 B 86, og Erik Hørlyck i U 1990 B 29.*

#### 4. Vurderingen af kontraktens indhold

Som anført er udgangspunktet for vurderingen af, om et sammensat kontraktforhold – i denne sammenhæng særligt forpagtningsaftaler – er omfattet af lejelovgivningen, en helhedsvurdering. Det vil sige, at det på forhånd er svært at udpege særlige omstændigheder, der indikerer det ene eller det andet resultat.

Der synes dog i praksis at være en tendens til at foretage vurderingen i lyset af, om den omtvistede kontrakt samlet set indeholder vilkår, der væsentligt afviger fra lejelovgivningen. Dermed må udgangspunktet være, at en kontrakt, der indeholder vilkår om brugen af lokaler, er omfattet af lejelovgivningen, medmindre det samlede sæt kontraktbestemmelser set i sammenhæng indikerer, at det ikke er brugen af lokaler, der er det væsentlige for aftalen, jf. også straks nedenfor om bevisbyrdeforholdene.

Det vil samtidig sige, at kontrakten i vidt omfang bevidst eller ubevidst vil blive målt på de bestemmelser i kontrakten, der typisk vil indgå i en (erhvervs)lejeaftale fx anvendelse, råden samt vederlagets sammensætning, fastsættelse og regulering. I det følgende forsøges på det grundlag at udlede nogle af de mest betydningsfulde fortolkningselementer i helhedsvurderingen.

##### 4.1 Bevisbyrder

At der skal foretages en afgrænsning af, om en omtvistet aftale er leje eller noget andet, kan som anført ovenfor føre til, at bevisbyrden i et vist omfang påhviler den, der påstår, at den omtvistede aftale ikke er omfattet af lejelovgivningen. Når kontrakten indeholder bestemmelser om brugen af fast ejendom, kan det være en formodning for, at aftalen kan være omfattet af lejelovgivningen, hvorfor et bevis for, at dette ikke er tilfældet, må føres.

Se fx U 1994.330 Ø, der vedrørte en leasingaftale, hvor kontrakten alene omfattede brug af fast ejendom med bygninger og adskilte sig med hensyn til de væsentlige rettigheder og forpligtelser ikke afgørende fra større erhvervslejeaftaler. Under hensyn hertil, og uanset at det i kontrakten var bestemt, at lejelovgivningens regler specielt om lejefastsættelse ikke fandt anvendelse, tiltrådte landsretten, at det ikke fandtes godtgjort, at aftalen om brug af den leasede ejendom ikke omfattedes af den dagældende erhvervslejereguleringslov.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Retstilstanden vedrørende leasingaftaler og lejelovgivningen er nu mere fast efter U 1999.401 H. I modsætning til landsretten fandt Højesteret her efter en helhedsvurdering, at leasingaftalerne med hensyn til rettigheder og forpligtelser adskilte sig så væsentligt fra sædvanlige aftaler om erhvervslejemål, at aftalerne faldt uden for erhvervslejereguleringsloven. Se endvidere om leasing i forhold til leje: U 2001.1068 H, T:BB 2003.34 Ø, *Karin Laursen: Erhvervslejeret*, 2003, s. 19 f., samt *Niels Grubbe og Hans Henrik Edlund: Bolejlejeret*, 2008, s. 23-26.

I T:BB 2000.23 V var der ved en forpagtningsaftale om et diskotek til forpagteren, dels overladt brugsret til lokalerne, dels overladt brugsret til driftsmidler, service og inventar, samt overdraget kundekreds. Da der ikke for landsretten var tilvejebragt oplysninger om omfanget af de driftsmidler, den service og det inventar, der var overladt forpagteren, og ej heller økonomiske oplysninger om den restaurationsvirksomhed, der tidligere havde været drevet, lagde retten til grund, at den væsentligste ydelse var overladelser af brugsretten til lokaler, og at aftalen derfor var omfattet af lejelovgivning, herunder erhvervslejeloven.

Afgørelsen kan ses som et udtryk for, at bevisbyrden påhviler den, der påstår, at kontrakten ikke er omfattet af lejelovgivning. Sagen var anlagt af forpagteren bl.a. med påstand om, at bortforpagteren skulle tilpligtes at anerkende, at aftalen var omfattet af lejelovgivning.

#### 4.2 Vederlaget

Vederlagets størrelse i en forpagtningsaftale er i det væsentlige bestemt af samme faktorer, som de der gør sig gældende ved lejefastsættelse i lejemål med samme eller lignende formål. Afgørende er i første omgang, om vederlaget kan henføres til brugen af den faste ejendom, jf. U 2006.449 H. Hvorledes lejen beregnes, er principielt uden betydning for bedømmelsen af kontraktforholdet.<sup>22</sup>

I forpagtningsaftalen vil vederlaget typisk være fastsat omsætningsafhængigt, men det kan også være fastsat på andre måder. Vederlaget kan også fastsættes helt eller delvist i forhold til den investeringssum, som bortforpagteren anvender til ombygning af lokaler eller lignende forud for forpagterens overtagelse af driften, jf. fx T:BB 2007.323 Ø.

Det forhold, at lejen beregnes i forhold til omsætning, synes dog ikke (i sig selv) at være afgørende for, at aftalen ikke kan henføres under lejelovgivning. Lejeaftaler om lokaler, der anvendes til andet end beboelse, kan gyldigt indeholde en klausul om fastsættelse og regulering af lejen i forhold til omsætning, jf. udgangspunktet i EL § 9 og § 7 (jf. aftalelovens § 36). Se som eksempler herpå U 2001.339 H (T:BB 2001.189) og T:BB 2003.13 V, hvor klausuler om omsætningsbestemt vederlag i erhvervslejekontrakter blev forsøgt tilsidesat i medfør af aftalelovens § 36.

I det omfang vederlaget kun er omsætningsafhængigt – uden et fastsat minimumsvederlag – kan en sådan omstændighed formentlig med vægt fremdrages til støtte for, at der ikke er tale om leje, da vederlaget ikke relaterer sig til brugen af den faste ejendom, der indgår i kontrakten. Forholdet vil dog næppe i sig selv være afgørende for helhedsvurderingen.

<sup>22</sup> *Halfdan Krag Jespersen: Lejeret 1, 1989, s. 47.*

*Niels Gangsted-Rasmussen*<sup>23</sup> anfører, at det kan være afgørende for afgørelsen af tvister om forpagtning eller leje, om forpagtningsafgiften indebærer en leje, som ligger væsentligt over det tilsvarende erhvervslejemål betalte. Som kommentar – og i modsætning hertil og i overensstemmelse med det ovenfor anførte – *Peter Mortensen*: »Det kan ikke udelukkes, at forholdet spiller ind ved domstolenes afgørelse, men afgørende er det næppe« og længere fremme: »Afgiftens/lejens størrelse er sekundær i forhold til spørgsmålet om aftalens væsentligste moment«.

U 2001.1830 H (T:BB 2001.541) vedrørte en forretning i et butikscenter, hvor der om driften var indgået en aftale benævnt forpagtningsaftale. »Forpagtningsafgiften« fastsattes som en procent af omsætningen med et årligt mindstebeløb. Højesteret fandt – i modsætning til landsretten – at der var tale om et lejeforhold omfattet af lejelovgivningen. Det fremgik dog ikke af begrundelsen, hvilken betydning aftalen om vederlag var tillagt. Begrundelsen var alene, at »retsforholdet mellem parterne adskiller sig heller ikke i øvrigt væsentligt fra et almindeligt lejeforhold«. Resultatet og den kortfattede begrundelse skal måske søges i, at spørgsmålet ikke synes at have været afgørende for sagens udfald. Der var tale om et erstatningskrav for mangler.

Se endvidere fx U 1977.748 V og utrykt ØLD af 3.4.2008 (BS 2143/07), som omtales straks nedenfor. I disse afgørelser var vederlaget også fastsat omsætningsafhængigt ud fra nogle i aftalen særligt beskrevne kriterier. I begge tilfælde blev den indgåede aftale anset for at være omfattet af lejelovgivningen.

T:BB 2000.321 V påberåbes ofte af den part, der påstår, at en aftale benævnt forpagtning ikke er omfattet af lejelovgivningen, idet afgørelsen når til et for bortforpagteren gunstigt resultat.

Den omtvistede kontrakt i sagen vedrørende »Skagen Fiskerestaurant« betegnede retsforholdet som forpagtning af den »fra lejede lokaler drevne restaurationsvirksomhed«. Tvisten vedrørte bortforpagterens krav om udsættelse af forpagteren fra lokalerne i forbindelse med aftalens udløb. Aftalen omfattede alt inventar og alle driftsmidler, brugsret til telefon og ret og pligt til at benytte det hidtidige navn. Forpagteren var forpligtet til ikke at ændre image og indretning og betalte ud over lejen i hovedlejemålet tillige en forpagtningsafgift på 7 % af omsætningen. Da kontrakten på denne baggrund vedrørte forpagtning og herefter ikke var reguleret af lejelovgivningen, og kontrakten var udløbet uden at blive forlænget, var betingelserne for at udsætte forpagteren opfyldt.

Afgørelsens præjudikatsværdi er dog tvivlsom, idet der var tale om en udsættelsesbegæring indleveret til fogedretten, som derefter blev køret til landsretten. Sagen blev således alene behandlet af landsretten på skriftligt

<sup>23</sup> *Niels Gangsted-Rasmussen*: Erhvervslejemål, 6. udg., 2006, s. 236 f.

grundlag, ligesom bevisførelsen i fogedretten må have været begrænset af de bevisregler, som er gældende der, jf. Retsplejelovens §§ 597-598.<sup>24</sup>

#### **4.3 Overladelsen af en (eksisterende) erhvervsmæssig virksomhed**

Forpagtningsaftaler relaterer sig i langt de fleste tilfælde til erhvervsvirksomhed og drift heraf. I en række domme har spørgsmålet, hvorvidt forpagtning fordrer overtagelse af en *igangværende* virksomhed – og dermed også overtagelsen af kundekreds/goodwill – været fremført og tillagt væsentlig betydning for afgørelsen af tvisten.

U 1977.748 V drejede sig om et krav om nedsættelse af vederlaget for forpagtning af »Rådhuskroen« i Vejle. Landsretten antog, at den indgåede aftale, som ikke indeholdt direkte bestemmelser om overladelse af drift af en virksomhed med dertil hørende kundekreds, efter sit hovedindhold vedrørte brug af lokaler, hvorfor forholdet blev anset som omfattet af lejeloven.

Tilsvarende resultat i utrykt VLD af 21.3.1989 (B 2582/88), hvor en aftale benævnt forpagtningskontrakt blev anset som lejemål. Landsretten anførte, at der forud for brugerens overtagelse af lokalerne ikke havde været drevet restaurantvirksomhed fra disse, og at lejeren, bortset fra bygningsmæssige indretninger, havde bekostet indretning af lokalerne, herunder installation af køkkeninventar. Der var ikke tale om overdragelse af en virksomhed med dertil hørende kundekreds.

I U 2001.1830 H indgik selskabet L i 1988 med ejerne U af Scala-bygningen i København, der var under ombygning til indkøbscenter, en »forpagtningsaftale« vedrørende lokaler i centerets stueetage, der af L skulle anvendes til frugt-, grønt- og blomsterforretning. Der havde ikke været drevet forretning fra lokalerne før, så der var uomtvisteligt ikke tale om en eksisterende virksomhed. Uden dog at tillægge dette forhold betydning i præmisserne nåede Højesteret frem til, at der var tale om et kontraktforhold omfattet af lejelovgivningen. Dommen er også omtalt ovenfor i afsnit 3.2.

I T:BB 2007.323 Ø havde nogle lejere, der havde drevet et værtshus fra erhvervslokaler, afstået deres lejemål til et anpartsselskab, der påbegyndte en ombygning og derefter afstod lejemålet igen til et andet selskab. Dette andet selskab indgik i 2002 en aftale med en restauratør, R. Aftalen, der betegnede sig som en forpagtningskontrakt, bestemte bl.a., at R i samråd med bortforpagter og for dennes regning skulle »totalistandsætte lokalerne ... herunder indrette køkken- og toiletfaciliteter samt nyindkøbe alt driftsinventar og driftsmateriel«. Under en sag hovedsageligt om skyldig forpagtningsafgift blev det gjort gældende, at aftalen var omfattet af erhvervslejeloven, og sagen påstået henvist til boligretten. Bortforpagter gjorde gældende, at der forelå forpagtning, bl.a. fordi bortforpagter ikke kun havde stillet lokaler

<sup>24</sup> Bortforpagteren havde samtidig anlagt en boligretssag om spørgsmålet. Denne sag blev (naturligvis) hævet på grund af landsrettens godkendelse af udsættelsesbegæringen.

til disposition, men havde udbygget en eksisterende forretning efter overtagelsen fra den tidligere lejer. Retten bemærkede, at restaurationsvirksomheden ikke var igangværende, da aftalen blev indgået, men at R skulle etablere restauranten bl.a. med indretning af køkken og toiletfaciliteter samt indkøb af driftsmateriel og inventar. Der blev ikke overtaget varelager, var ikke ansat noget personale og havde ikke været nogen omsætning i året forud for aftalens indgåelse. Under disse omstændigheder fandt retten, at den væsentligste ydelse var brugsretten til lokalerne, idet der ikke blev overdraget en igangværende virksomhed. Herefter var kontraktforholdet omfattet af erhvervslejeloven, og sagen blev henvist til boligretten.

I en utrykt ØLD af 3.4.2008 (BS 2143/07) vedrørende en forpagtningsaftale om et koncerthus i Odense mellem et hotel og Odense Kommune udtalte landsretten bl.a.: »Hotellet har ikke overtaget en igangværende virksomhed fra kommunen med dertil hørende kundekreds, goodwill m.v., i det den første aftale mellem parterne blev indgået i juni 1981, da Koncerthuset endnu ikke var taget i brug...«. På grundlag af denne præmis sammenholdt med den indgåede aftales øvrige karakteristika nåede landsretten frem til, at aftaleforholdet var omfattet af lejelovgivningen. Boligretten var nået til det modsatte resultat uden at forholde sig direkte til spørgsmålet om overtagelsen af en eksisterende virksomhed.<sup>25</sup>

I den ovenfor i afsnit 4.1 omtalte afgørelse T:BB 2000.23 V var der overdraget en kundekreds, men aftalen fandtes alligevel efter en samlet vurdering at være omfattet af lejelovgivningen. Som præmisserne er formuleret, skyldes dette måske, at udlejer/bortforpagteren ikke kunne redegøre for værdien af den virksomhed, der blev overtaget, og hvilken betydning dette havde for fastsættelsen af vederlaget i kontrakten. Sådan synes flertallets afgørelse at skulle læses. Dissensen argumenterer modsat ud fra en vurdering af bl.a. de fysiske omstændigheder.

Se også GD 1999.61 hvor brugsretten til lokaler, der var indrettet som restauration, ansås som udlejerens væsentligste ydelse, mens overladelse af løsøre og goodwill var mindre væsentlige ydelser. Aftalen var derfor omfattet af lejelovgivningen (afgørelsen var med dissens).

I T:BB 2000.321 V var der tale om drift af en på aftaletidspunktet eksisterende virksomhed. Aftalen fandtes ikke omfattet af lejelovgivningen. Afgørelsen er omtalt ovenfor i afsnit 3.2 i slutningen.

I U 1940.140 H og U 1949.297 H fandtes de omtvistede kontrakter ikke omfattet af lejeloven. Der var sket betaling for goodwill ved forpagtningsaftalens indgåelse.

Om der, for at der foreligger forpagtning og ikke leje, kan opstilles et krav om, at der skal være tale om overtagelse eller fortsættelse af en eksiste-

<sup>25</sup> Kommunen søgte 3. instansbevilling – men fik afslag.

rende virksomhed karakteriseret bl.a. ved, at der er en kundekreds og dermed goodwill, er også berørt i teorien.

*R. Koch Nielsen* anfører således, at »... hvis den tiltrædende part ikke erlægger goodwill peger forholdet mod forpagtning. Hvor goodwill erlægges til den fratrædende part, tyder forholdet på, at der er sket et egentligt salg af virksomheden i forbindelse med overtagelse af lejemålet om lokalerne, hvorfra virksomheden drives«. <sup>26</sup> *Peter Mortensen* anfører også bl.a. med henvisning til *R. Koch Nielsen*, at »overtagelsen af goodwill taler for, at lejeren har erhvervet en erhvervsvirksomhed fra sin forgænger, hvilket taler for at lejeloven skal anvendes«. <sup>27</sup> Tilsvarende hos *Grubbe*, hvor det anføres, at et kriterium for, at der er tale om forpagtning, er, at der er tale om fortsættelse af en eksisterende virksomhed, jf. ovenfor afsnit 3 i starten.

Af såvel praksis, der dog ikke er entydig, som teori kan det på denne baggrund udledes, at et af de momenter, og måske i nogle tilfælde det afgørende, ved helhedsvurderingen af kontraktforholdet er, hvorvidt der er tale om overdragelse og fortsættelse af en eksisterende virksomhed (med en oparbejdet kundekreds).

Betydningen bliver måske endnu større, hvor den indgåede aftale også afspejler værdien af den kundekreds/goodwill, der medfølger. Momentet må dog ikke tages ud af sammenhængen, fx hvis et kontraktforhold vedrører videreførelse af en igangværende erhvervsvirksomhed af begrænset størrelse og samtidig rådigheden over et betydeligt areal af lokaler til anden disposition. Her vil helhedsvurderingen nok føre til, at det væsentligste moment i aftalen er brugen af fast ejendom.

#### **4.4 Andre faktorer**

En forpagtningsaftale vil typisk indeholde vilkår om andre forhold end selve brugen af lokaler, for at det overhovedet bliver relevant at vurdere, om kontrakten ikke er omfattet af lejelovgivning. Det kan være aftaler eller betingelser om overtagelse af driftsmidler, vedligeholdelse af samme, brug af særlige samarbejdspartnere (fx leverandører), rettigheder til navne mv.

Hvis kontrakten indeholder mange specificerede bestemmelser om selve driften af virksomhed, kan det tyde på, at der er tale om forpagtning, idet det forudsætningsvis er tydeligt, at der er tale om drift af en af bortforpagteren (og ikke forpagteren) tilhørende virksomhed, og at selve brugen af lokaler ikke er det væsentligste element i aftalen. Denne afvejning, hvori de elementer, som er beskrevet ovenfor, også indgår med betydelig vægt, er afgørende for kontraktens retlige kvalifikation.

Ud over de domme, der er refereret ovenfor, hvor der også i de omtvistede kontrakter var indeholdt andre elementer end brugen af lokaler, kan næv-

<sup>26</sup> *Juristen* 1960, s. 127 ff. (på side 138).

<sup>27</sup> *Landbrugsforpagtning*, 1999, s. 160 (med note 46).



nes: U 1970.763 H, der vedrørte forpagtningen af et teater i Købehavn. Her fik forpagteren, ud over retten til anvendelsen af lokaler, overdraget retten til at drive teateret samt anvende og vedligeholde inventar, kulisser mv. Kontraktforholdet fandtes ikke at være så afvigende fra et almindeligt leje-forhold, at det faldt uden for lejelovens regler.<sup>28</sup> Se på den anden side U 1970.451 H om anvendelse af to kiosker i en rutebilstationsbygning med pligt til på konsignationsvilkår at aftage forskellige varer fra bortforpagte-ren. Flertallet i Højesteret (4-3) fandt, at retsforholdet, der måtte betragtes som en helhed, afveg så stærkt fra et almindeligt leje-forhold, at det ikke kunne anses omfattet af lejelovgivningens bestemmelser.<sup>29</sup>

Se endvidere fx U 1949.297 H om en servicestation (ikke omfattet af leje-lovgivning) og U 1954.592 Ø om jernbanehotel med tilhørende restauration og teatersal (omfattet).

I T:BB 2008.241 Ø fandt landsretten, at overladelse af brugsret til lokaler mod vederlag var et integreret led i et samlet aftalekompleks om oprettelse af en børneinstitution og ikke omfattet af erhvervslejeloven.<sup>30</sup>

Der kan ikke opstilles et krav om, at lejereren/forpagteren skal have eksklusiv brugsret til den faste ejendom (til enhver tid), for at et aftaleforholdet kan henføres til lejelovgivningen, jf. fx U 1954.1026 Ø, U 1959.581 Ø og den ovenfor nævnte utrykte ØLD af 3.4.2008, hvor det udtaltes direkte i landsrettens præmisser, at »den omstændighed at Hotellet ikke har en eksklusiv ret til at anvende Koncerthusets lokaler, kan ikke i sig selv føre til, at Hotellets brug af Koncerthusets lokaler falder uden for erhvervslejeloven«. <sup>31</sup>

Sammenfattende kan det om disse »andre faktorer« konkluderes, at der ikke særskilt kan udpeges forhold, der generelt statuerer, at her er tale om forpagtning og ikke leje. Retspraksis bekræfter udgangspunktet – der er tale om en helhedsvurdering af alle kontraktens elementer.

## 5. Konsekvenser for aftalen

Når en kontrakt indeholder en aftale om brugen af hus eller husrum såvel som noget andet, og det væsentligste moment – efter helhedsvurderingen – er brugsretten til fast ejendom, herunder udlejers forpligtelse til at stille den faste ejendom til rådighed for lejereren, samt lejerens forpligtelse til at betale vederlag, vil aftalen være omfattet af lejelovgivningen. Forholdene, der ved-

<sup>28</sup> Dommen er kommenteret af *P. Spleth* i U 1971 B 69.

<sup>29</sup> Se om de to domme hos *Halfdan Krag Jespersen*: Lejeret 1, 1989, s. 43.

<sup>30</sup> Hos *Halfdan Krag Jespersen*: Lejeret 1, 1989, s. 37 ff., og hos *Preben Bang Henriksen og Stephan Muurholm*: Erhvervslejeretten, 1997, s. 3 ff. er omtalt en række utrykte landsretsdomme fra slutfirserne om forpagtning primært af restaurationer, hvor en beskrivelse af helhedsvurderingen og de elementer i kontrakten, der lå ud over brugen af lokaler, er beskrevet.

<sup>31</sup> Se også *Niels Grubbe* og *Hans Henrik Edlund*: Boliglejeret, 2008, s. 21 f.

rører lejen, må anses som hovedydelse i kontrakten, og de øvrige aftaleelementer må anses at vedrøre bydelser.

Derefter opstår spørgsmålet, hvorvidt kontraktforholdet så helt eller kun delvist skal vurderes efter lejelovgivningens regler, eller efter almindelige kontraktretlige regler. Udgangspunktet må i den forbindelse være, at såfremt kontrakten reguleres af lejelovgivningen, er det kontrakten som en helhed, der vil være omfattet – i det omfang lejelovgivningen indeholder præceptive regler om de forhold, der er indeholdt i kontrakten.<sup>32</sup>

Det betyder, at lejelovgivningens regler i de situationer tilsidesætter den faktiske aftale, hvor den er i strid med præceptive regler fx opsigelsesvarslets længde. Lejelovgivningens regler anvendes også som grundlag for udfyldning på områder, som ikke er reguleret i kontrakten, fx om muligheder for regulering af vederlaget (lejen).

Det vil i mange tilfælde betyde, at lejeren tillægges et længere opsigelsesvarsel end forudsat i kontrakten, og at lejeren generelt beskyttes mod opsigelse af lejelovgivningens regler. Det vil sige, at der skal være hjemmel til opsigelse af lejeren i loven, for at opsigelse gyldigt kan finde sted, ligesom de formelle krav til opsigelse, som er indeholdt i LL eller EL, finder anvendelse. Se fx T:BB 2000.321 V, hvor forpagteren (uden held) påberåbte sig lejelovgivningen og LL § 80, stk. 2, i forbindelse med udløbet af en tidsbegrænset forpagtningsperiode.

I tilfælde, hvor der ikke i kontrakten er fastsat et opsigelsesvarsel, kan situationen medføre, at lejeren de facto har et opsigelsesvarsel, der måske er længere end den obligationsretlige hovedregel (= et »passende« varsel) vil føre til.

Er der i kontrakten aftalt uopsigelighed, vil dette som udgangspunkt ikke føre til tilsidesættelse af kontraktens bestemmelser herom, da en sådan aftale ikke umiddelbart er i strid med EL's regler.

Tilsidesættes kontraktens bestemmelser om vederlagsregulering som værende i strid med EL's regler (eller LL's afhængigt af tidspunktet for aftalens indgåelse, kontraktens fortolkning mv.), kan konsekvensen enten være, at lejeren gives en mulighed for at kræve lejen nedsat, enten fordi den overstiger markedslejen, eller fordi en aftalt regulering er ugyldig, eller udlejer fratages retten til at regulere lejen op. Se fx T:BB 2000.23 V, hvor en aftale i »forpagtningskontrakten«, der fandtes omfattet af lejelovgivningen, om regulering af forpagtningsafgiften, ikke indeholdt regneeksempler, jf. Erhvervslejerereguleringslovens § 9, stk. 4, og de stedfundne forhøjelser var herefter ugyldige.

Alternativt kan konsekvensen være, at lejereguleringen skal ske på en anden måde (efter EL's regler) end forudsat i kontrakten. Se fx U 1977.748 V,

<sup>32</sup> *Halfdan Krag Jespersen: Lejeret 1, 1989, s. 38.*

hvor lejerer fik medhold i et krav om lejenedsættelse efter LL's regler, da kontrakten fandtes omfattet af lejelovgivningen.

Twister, der udspringer af lejeforhold, skal som hovedregel behandles af boligretten, jf. EL § 76. Parterne kan dog aftale, at tvister skal afgøres helt eller delvist ved voldgift, jf. EL § 77. Tvister om rettens kompetencer opstår oftest, når sagen er anlagt, og den ene part anfægter den pågældende retsinstans kompetence. Hvor sagen er anlagt ved byretten, vil konsekvensen af, at en kontrakt er omfattet af lejelovgivningen, være, at det er boligretten, der er rette forum. Byretten kan dog henvise sagen i disse tilfælde, således at sagen ikke afvises, se fx T:BB 2007.323 Ø. En part vil næppe få medhold i, at det er boligretten, der skal afgøre om en forpagtningsaftale er omfattet af lejelovgivningen.

Indeholder aftalen en klausul om voldgiftsbehandling, må det bero på en fortolkning af denne klausul og aftalen som helhed i forhold til EL § 77, om bestemmelsen om voldgift kan opretholdes.

## 6. Afslutning – perspektivering

Det er umiddelbart svært at drage nogle endelige konklusioner om retstilstanden på det ovenfor beskrevne område. Det skyldes fortrinsvis, at der ikke er nogen lovbestemmelser eller fast praksis at tage udgangspunkt i. Retspraksis giver heller ikke nogen sikker indikation af, om den udvidede aftalefrihed i EL har givet anledning til yderligere tvister om den retlige kvalifikation af forpagtningsaftalen i forhold til lejeaftalen eller nogen glidning i forhold til, hvilke aftaletyper domstolene anser omfattet af EL.

I afsnit 4 er det forsøgt at uddrage nogle af de momenter, som i de fleste tvister er tillagt væsentlig betydning ved vurderingen af, om det pågældende kontraktforhold er omfattet af lejelovgivningen med deraf følgende konsekvenser for aftalen.

Særligt spørgsmålet, hvorvidt der kan opstilles et (afgørende) krav om, at der, for at komme ud af lejelovgivningen, skal foreligge overladelse af en igangværende virksomhed, har været genstand for tvist, jf. ovenfor afsnit 4.3. Uanset om dette krav er et (det) afgørende element i helhedsvurderingen, må det kunne give forpagtningsaftalekoncipisten anledning til en række overvejelser ved konciperingen af sådanne aftaler.

Særligt inden for restaurationsbranchen synes der at være en kutyme for forpagtning. Hvor der er tale om bortforpagtning af en *ny* restaurant, som ikke har været drevet af bortforpagteren, og/eller hvor der ikke overdrages kundekreds mv., vil en sådan aftale kunne være i »farezonen« i forhold til, om aftalen er omfattet af lejelovgivningen.

En »ny« restaurant vil dermed i den sammenhæng omfatte den situation, hvor der ved overdragelsen sker etablering af restaurant i lokaler, hvor der hidtil er drevet anden form for virksomhed (af bortforpagteren) eller slet ik-

ke har været drevet nogen virksomhed, måske fordi lokaleforholdene er ny-etablerede – se fx den utrykte ØLD af 3.4.2008 (BS 2143/07). Men også den situation, hvor der efter en ombygning mv. drives en anden form for restaurationsvirksomhed, end der tidligere blev drevet, jf. fx dommen refereret i T:BB 2007.323 Ø, hvor der blev indrettet cafe/restaurant i lokaler, hvor der tidligere havde været værtshus. I en sådan situation vil der ikke være tale om overdragelse af kundekreds, da målgruppen slet ikke er den samme.

Dette må set fra en bortforpagter-rådgivers perspektiv kunne give anledning til fremsættelsen af væsentlige forbehold i forbindelse med indgåelsen af sådanne aftaler.

Om rækkevidden af de omtalte domme er så stor, som det her indikeres, vil kun den fremtidige udvikling af retstilstanden kunne give et endeligt svar på.

# Tanker om tørklæder – et essay

af

*Pernille Boye Koch*

## Hånden i hvepsereiden

Som forsker stilles man løbende over for at skulle tage stilling til, hvilke forskningsområder man skal kaste sig over. På trods af stigende krav om strategisk forskning, satsningsområder og profilerede fællesprojekter er det stadig et af forskerens privilegier at kunne vælge, hvad den næste artikel skal handle om. Man kan have mange forskellige bevæggrunde for at udse sig et emne. Og spørgsmålet er, om nogle temaer simpelthen er for politisk kontroversielle til, at man bør undergive dem en retsvidenskabelig behandling.

Inden for mit fag – forfatningsretten – er det en problemstilling, man ofte konfronteres med. Selv har jeg tit fået kommentaren: 'Er det ikke for politisk sprængfarligt?', når jeg har luftet idéer til forskning. Det er måske ikke så mærkeligt. For forfatningsretten handler om de retlige rammer for det politiske liv. Reglerne i grundloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention opstiller grænser for statsmagterne. Og ofte bliver det retlige materiale relevant i nogle højaktuelle sager med stor politisk bevågenhed.

Alligevel kan man sagtens grave forfatningsretlige problemstillinger frem, som ingen andre end den dedikerede forsker synes er interessant. Problemstillinger som måske ikke har den store praktiske betydning, men som der alligevel ligger en intellektuel udfordring i at udforske. Burde man i virkeligheden holde sig til sådanne mere politisk upåagtede temaer? Fordelene ved en sådan strategi kan for en umiddelbar betragtning synes at være betydelige: Man kan arbejde i fred og ro og oparbejde idéer og synspunkter uden at skulle retfærdiggøre dem og forklare sig i tide og utide over for udenforstående. Man bliver ikke mistænkt for at have et politisk ærinde med sin forskning. Og man kan måske bedre levere en mere »ren« forskning rensat for uvedkommende hensyn.

Det følgende kan ses som en beretning om et personligt dilemma. Men forhåbentlig kan det også være af interesse for alle, der beskæftiger sig med retsvidenskab, fordi det sætter fokus på en række mere principielle problemstillinger vedrørende kravene til god og sober videnskab, og hvorvidt (eller hvordan) det er muligt at adskille det personlige fra det faglige. Det skal ikke ses som et forsøg på at skrive videnskabsteori eller retsfilosofi, men snarere som et praktisk bidrag til vigtige diskussioner.

Selvfølgelig var jeg klar over, at jeg stak hånden i hvepsredenen. Religionsfrihed, religiøse symboler i det offentlige rum og muslimske hovedtørklæder havde allerede nogle år været ivrigt diskuteret i en del andre europæiske lande, ikke kun i en politisk og kulturel kontekst, men også i en juridisk. Tørklædespørgsmålet havde været aktuelt i Frankrig, hvor diskussionerne for og imod hovedtørklæder i de strengt sekulære franske statskoler bølgede frem og tilbage. I Tyskland debatterede man, hvorvidt de traditionelle store kors ophængt i skoler og retssale var en krænkelse af religionsfriheden. Og i England kunne de forskellige retsinstanser ikke blive enige om, hvor store hensyn der skulle tages til religiøse grupper ved udformningen af skoleuniformer. Men i Danmark var tørklædespørgsmålet ikke for alvor kommet på dagsordenen. Endnu.

Min fornemmelse sagde mig imidlertid, at det ville komme. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol havde netop truffet endelig afgørelse i sagen Leyla Sahin mod Tyrkiet. Her godkendte man, at en kvindelig tyrkisk medicinstuderende var blevet afvist fra forelæsninger og eksaminer med henvisning til, at hun bar hovedtørklæde. Det tyrkiske forbud mod religiøse symboler på universiteterne stred ifølge domstolen hverken mod reglerne om religionsfrihed eller ikke-diskrimination. En meget interessant dom. I hvor høj grad kunne denne afgørelse mon danne præcedens for andre tørklædeforbud i andre lande og i andre sammenhænge? Det var et af de spørgsmål, jeg gerne ville kigge nærmere på, da jeg i begyndelsen af 2006 tog på forskningsophold ved Det Europæiske Universitetsinstitut i Firenze.

### Fortolkeren som linedanser

Når jeg møder studerende i vejledningssituationer, bliver jeg ofte konfronteret med den opfattelse, at det er forbudt at skrive »jeg«. Det er de blevet oplært i af undervisere og instruktører på de første år af studiet. Det kan da også være ganske hensigtsmæssigt at undgå den personlige form i juridiske færdighedsopgaver, hvor det handler om at vurdere en konkret juridisk problemstilling og komme frem til et resultat. Her træner vi de studerendes evne til at træffe juridiske afgørelser på baggrund af jus og faktum. Og selv om der ofte skal argumenteres for at komme frem til den juridisk mest holdbare løsning, er det en virkelighed, der mest af alt ligner dommerens eller sagsbehandlerens, og derfor lægger op til en mere neutral fremstillingsform.

Men når jeg vejleder dem, er der ikke tale om en færdighedsopgave, men en selvstændig mere akademisk orienteret opgave, som for eksempel bachelorrapporten eller specialeafhandlingen. Her går jeg som regel ind og udfordrer den gængse opfattelse. I disse typer af opgaver forventer vi en selvstændig behandling og stillingtagen til en selvvalgt juridisk problemstilling. Og min oplevelse er, at den konsekvente brug af passivformer (»det må antages at...«, »forholdet vurderes som værende« osv.) kan være ret blokerende for opgaven. For det første kan det betyde, at teksten rent sprogligt bliver knudret og svær at læse – et karakteristikum, der er fælles for alle tekster i kancellistil eller skrevet uden subjekter. For det andet kan det gøre det meget vanskeligt at vurdere, hvornår den studerende refererer til andre, og hvornår han/hun foretager selvstændige analyser og vurderinger. Det bliver derfor meget sværere at afgøre, hvornår og i hvor stor udstrækning den studerende giver udtryk for egne opfattelser.

Man bliver hverken mere eller mindre objektiv ved rent sprogligt at formulere sig i passivformer, når man fremkommer med sine egne vurderinger og konklusioner. Det sproglige kneb medvirker derfor i realiteten til at sløre billedet. Vi tror måske, at vores udsagn vil blive tillagt en større autoritetsvirkning ved at fremstå i en mere neutral og objektiv form. Men vi er der jo stadig et sted neden under teksten.

Måske er dette eksempel et meget godt billede på den større og lidt mere principielle problemstilling: Måske er bestræbelserne på at sløre os selv og vores individualitet i virkeligheden en hæmsko for en reel sober og saglig behandling af de faglige problemstillinger. Måske luller vi os ind i en forestilling om, at vi med sproget og valget af emner kan frigøre os fra vores egne personlige forudsætninger og dermed uden videre kan levere værdineutrale vurderinger.

Fordelen ved de kontroversielle temaer er efter min opfattelse, at ens opmærksomhed bliver skærpet. Man bliver på sin vis tvunget til at gøre sig sine egne præmisser klart på næsten ethvert skridt, man foretager sig i en faglig vurdering. Hvad er religion og religionsfrihed? I hvor høj grad er mine ubevidste forestillinger om religiøsitet styrende for min tilslutning til forskellige opfattelser i teorien? Hvad signalerer religiøse symboler? Er det muligt at udlede nogle generelle alment accepterede signalværdier? Hvilke hensyn er vigtigst; hensynet til frit at kunne udøve sin religion eller friheden til at være fri for religion, og hvad betyder mit eget forhold til religion i den forbindelse?

Et løbende arbejde med den vanskelige balancegang kan i heldigste fald betyde, at man gør sig sine egne og juraens begrænsninger klart. Og tvivlende overfor, hvorvidt det overhovedet er muligt og hensigtsmæssigt at lade nogle bestemte værdipræmisser styre de retlige konklusioner. For mit eget vedkommende betød det helt konkret, at jeg efterhånden blev temmelig følsom over for alt for håndfaste udlægninger af kulturelt og samfundsmæs-

sigt komplekse temaer i en juridisk kontekst. Er det for eksempel meningsfuldt, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol afgør, hvad betydningen af det muslimske hovedtørklæde er?

### EMD som religiøs ekspert

Noget af det, der helt fra starten undrede mig ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i Leyla Sahin, var netop udtalelserne om tørklædets signalværdi.

»..The Court stressed among other matters the 'powerful external symbol' which her wearing a headscarf represented and questioned whether it might have some kind of proselytising effect, seeing that it appeared to be imposed on women by a religious precept that was hard to reconcile with the principle of gender equality. It also noted that wearing the Islamic headscarf could not easily be reconciled with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination...«

Domstolen giver altså mere eller mindre direkte udtryk for den opfattelse, at tørklædet er pålagt kvinder af en religiøs forskrift, der ikke kan forenes med principperne om kvinders rettigheder og kønsligestilling. Tørklædet er intolerant, respekterer ikke andres rettigheder og repræsenterer ulighed og diskrimination. Samtidigt foretager domstolen også en klar kobling mellem hovedtørklædet og politisk islam, idet man understreger, at Tyrkiet har ret til at tage sine forholdsregler mod de ekstremistiske politiske bevægelser, som søger at omdanne samfundet til en stat baseret på religiøse forskrifter. Den underliggende præmis er altså, at kvinder med hovedtørklæder kan betragtes som katalysatorer for en afvikling af demokratiet.

Det problematiske ved disse vurderinger af det muslimske hovedtørklæde er ikke så meget deres indhold, som at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol overhovedet ser sig i stand til afgøre spørgsmålet. Domstolen har ingen særlig sagkundskab på området og har tilsyneladende ikke benyttet sig af ekspertudsagn. Og hvis man bare har fulgt den almindelige offentlige debat bør det stå klart, at meningene er meget delte. Nogle opfatter det som en frigørende påklædning, der tillader dem at deltage i samfundslivet på linje med mændene og for eksempel uddanne sig og arbejde og ikke være begrænset til et liv i hjemmet som hustru og mor. Andre lægger vægt på, at selve kravet om at skulle tildække sin kvindelighed og krop er udtryk for en mandschauvinistisk opfattelse af, at kvinder ved deres blotte væsen frister mænds seksualitet. Og tilføjer, at mænd ikke er pålagt lignende påklædningskrav. De fleste bærer tørklædet af religiøse grunde, mens andre gør det som en mere kulturel manifestation osv., osv.

Hvad gør Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kapabel til at udtale sig så kategorisk? Normalt vil juridiske prøvelsesorganer være varsomme med at gå ind på vurderinger af forhold, der kræver en anden faglig ekspertise end den juridiske. Enten kan domstolen skaffe den nødvendige



faglighed udefra ved for eksempel syn- og skøns mænd, lægeerklæringer eller udtalelser fra andre relevante eksperter. Eller også vil domstolen helt afstå fra at foretage en vurdering af det pågældende spørgsmål. Altså indtage en meget tilbageholdende rolle i denne del af prøvelsen. Her gør Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ingen af delene.

Jeg sad derfor tilbage med en ubehagelig fornemmelse af, at dommerne i Menneskerettighedsdomstolen havde ladet deres egne mere eller mindre underbyggede forestillinger om betydningen af det muslimske hovedtørklæde være afgørende. Spørgsmålet er, om det er betryggende at lade disse dommere fungere som religiøse og kulturelle eksperter. Især når de for størstedelens vedkommende er kristne hvide mænd uden nogle særlige personlige forudsætninger for at vurdere spørgsmålet.

### Pigerne i forelæsningssalen

I virkeligheden er jeg selv tæt på. På Syddansk Universitet er der mange studerende med en anden etnisk baggrund end dansk. Også piger med muslimske hovedtørklæder. De går rundt på de lange brede gange med tørklæder i forskellige farver og udformninger. Hvad er deres personlige begrundelse? Hvordan ser de andre studerende mon på dem? Betragter de pigernes tørklæder som en trussel mod deres egen integritet? Bliver de utilpasse ved de religiøse symboler i det offentlige rum? Og hvad med den del af de medstuderende, som er muslimer uden at bære hovedtørklæde? Føler de sig under pres for også at begynde at have tørklæde på? Og er det i så fald noget, der skal tilskrives og dermed bebrejdes de tørklædebærende piger?

Jeg tænker, at det kunne være interessant at tage debatten med SDU's studerende i lyset af dommen i Leyla Sahin-sagen. Lave sit eget lille laboratorium. Hvorfor ikke konfrontere dem med udsagnene om hovedtørklædets betydning i Tyrkiet og prøve at finde frem til, i hvilken udstrækning de kan nikke genkendende til situationen og anerkende domstolens ræsonnementer? På mit eget forelæsningshold i forfatningsret sidder også et par stykker med tørklæde. Vi diskuterer ivrigt dommene om Tyrkiet, tørklædeforbuddene og islamisk fundamentalisme i timerne om religionsfrihed, foreningsfrihed og ikke-diskrimination. Og stiller os selv spørgsmålet i hvor høj grad afgørelserne kan bruges som præcedens i Danmark.

Snart tager sagen imidlertid en ny og mere konkret drejning. I den danske offentlighed har tanken om tørklædeforbud for forskellige faggrupper været luftet af især Dansk Folkeparti. Det har også været diskuteret, om meget dækkende tørklæder er problematiske i folkeskolen. Helt aktuel bliver problemstillingen imidlertid først, da det kommer frem, at Domstolsstyrelsen har vedtaget en ny personalevejledning, som udtrykkeligt angiver, at der ikke principielt set er noget til hinder for, at der ansættes personale ved domstolene, som bærer hovedtørklæde. Sagen eskalerer som bekendt hurtigt.

Der trykkes annoncer, der viser burkklædte dommere. Birthe Rønn Hornbech skriver først en kronik, der forsvarer retten til at klæde sig, som man vil. Og bankes herefter på plads af statsministeren, som ikke er glad for religiøse symboler i det offentlige rum.

Hurtigt dannes der et politisk flertal bag et krav om, at muslimske hovedtørklæder ikke kan accepteres i retssalene. Lovforslaget om dommers fremtræden ved retsmøder (forbud mod religiøse og politiske tilkendegivelser) er snart en realitet. Selv om lovforslaget bliver meget omdiskuteret og udsættes for heftig kritik fra en lang række høringsparter – blandt andet domstolene selv – ser det politiske flertal bag tørklædeforbuddet for dommere i skrivende stund ud til at være urokkeligt.

Det er nu lidt mærkeligt. Med ét har en gruppe af mine studerende fået beskåret deres muligheder på det juridiske arbejdsmarked. Hvis de havde drømt om at blive dommere, må de nu tænke forfra. Og hvad nu med synet på tørklædet. Kan vi nogensinde opfatte det på samme måde som før? Nu hvor det danske samfund officielt har slået fast, at tørklædet kan opfattes som et signal om ikke-neutrale domstolsafgørelser. Hvad betyder det for pigerne i forelæsningssalen? Vil deres forslag til juridiske løsninger, argumenter for et givent resultat eller analyser af en bestemt dom altid blive set i lyset af deres hovedbeklædning? Også i en undervisnings- og eksamenssammenhæng? Og er det kun deres religion, der kan stille sig i vejen for den juridiske saglighed og ikke vores andres knap så synlige?

Måske handler det ikke om, at man tror religionen vil stille sig i vejen for neutrale afgørelser. Men kun om dommernes fysiske fremtræden og om at sikre, at den tiltalte og andre parter i en retssag skal opleve retslokalerne rensset for værdiladede symboler. Men hvis man anerkender befolkningens frygt for, at det religiøse symbol kan undergrave neutraliteten af afgørelserne, forudsætter det vel også, at der er en vis sammenhæng mellem den pågældende dommers religiøsitet og hendes juridiske vurdering. Det siges ikke direkte, men ligger vel som en præmis bag hele lovforslaget...

Midt i alle disse overvejelser bliver jeg indbudt som oplægsholder til Retsudvalgets høring om lovforslaget. Det er tilsyneladende blevet bemærket, at jeg har beskæftiget mig med religionsfrihed og muslimske hovedtørklæder. Nu er der ingen vej udenom. Jeg bliver nødt til at forholde mig mere direkte til lovforslaget, idet jeg som ekspert skal vurdere de grundlovsmæssige aspekter.

### En polycentrisk pærevælling

Rent retskildemæssigt er tørklædesagen en udfordring. Man kan sige, at Henrik Zahles teori om retlig polycentri virkelig viser sin berettigelse. For ikke blot er grundlovens bestemmelser om domstolenes uafhængighed og religionsfrihed i spil. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er

også helt central, og allerede her indledes de retskildemæssige komplikationer. Nu støder vi nemlig ind i den omtvistede diskussion om EMRK's retlige status. Altså diskussionen om, hvor i den traditionelle retlige trinfølge konventionen skal placeres, og hvorvidt den opstiller grænser for lovgivningsmagten. Og om inkorporeringen af konventionen i 1992 kun omfatter konventionens tekst med den hidtidige praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, eller om den danske stat også er bundet af den senere retspraksis.

Og dette er endda kun en del af billedet. For forbuddet mod religiøse symboler i retssalene aktualiserer også spørgsmålet om diskrimination på arbejdsmarkedet. Både diskrimination på grund af køn og religion. Her har vi lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet og ligebehandlingsloven. De kan jo næppe i sig selv udgøre en begrænsning af lovgivningsmagten, da den særlige lov om dommeres fremtræden ved retsmøder ud fra principperne om *lex specialis* og *lex posterior* vil have forrang. Men så enkelt er det ikke. For både lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet samt ligebehandlingsloven udspringer af EU-direktiver. Reglerne er således i ganske vid udtrækning udtryk for EU-retlige forpligtelser, som Folketinget ikke uden videre kan ignorere.

Også rent folkeretlige retskilder er relevante. For eksempel FN-konventionen om borgerlige og politiske rettigheder og Kvindekonventionen. Og hvad med udtalelsen fra Europarådets rådgivende Dommerkomité (Opinion no. 3 – Ethics and Liability of Judges), kan den tillægges nogen retlig relevant betydning?

Der er tale om mange forskellige typer af retskilder, der for visses vedkommende trækker i hver sin retning. Anlægges et religionsfrihedsperspektiv, så den enkeltes ret til at udøve sin religion kommer i fokus? Eller anlægges et feministisk synspunkt, der vil være mere tilbøjelig til at problematisere tørklædets betydning for ligestillingen og dermed nedprioritere den traditionelle rettighedstankegang? Jeg valgte at tage udgangspunkt i en mere traditionel afgrænsning. I min analyse af Leyla Sahin-sagen i Retfærd (2008 nr. 1/120) tog jeg udelukkende udgangspunkt i EMRK for at kunne vurdere og kritisere dommen ud fra dette udgangspunkt og med henvisning til EMD's traditionelle fortolkningsprincipper. Og lovforslaget om dommeres fremtræden ved retsmøder vurderede jeg ud fra de retskilder, som traditionelt vurderes som mest centrale, dvs. grundloven og EMRK.

Disse valg kan jeg argumentere for og begrunde med henvisning til mere saglige og systematiske kriterier. Men jeg kan heller ikke her helt udelukke min person og mine egne værdiforudsætninger. Valgte jeg mon denne prioritering, fordi det gav mig bedre mulighed for at komme frem til de analyse-resultater, som jeg selv foretrækker? Jeg ved det ikke, og disse mekanismer foregår nok også mest på det ubevidste plan. Men refleksionen illustrerer, at der træffes en lang række valg, når man skal analysere en juridisk problem-

stilling, og at mange af disse valg uundgåeligt involverer fortolkerens egen person og hans/hendes værdimæssige udgangspunkt.

### Misbrug af magtfordelingslæren

Magtfordelingslæren i grundlovens § 3 er nok en af de mest misforståede og oftest citerede bestemmelser i den offentlige debat. I hvert fald ud fra et fagligt synspunkt. Hvert år bruger jeg en del kræfter på, at de nye 1.-årsstuderende skal 'aflære' de forskellige opfattelser af Montesquieus tredeling af magten, som velmenende samfundsfagslærere har udstyret dem med. Det retlige indhold udlægges i dansk forfatningsretlig tradition nemlig som temmelig beskedent: Der er enighed om, at grundlovens § 3 opstiller et princip om, at statsmagten skal fordeles på de tre centrale statsorganer for at undgå magtkoncentration og vilkårlig retsanvendelse. Efter Tvind-dommen er det endvidere slået fast, at lovgivningsmagten ved visse former for singulære love bevæger sig uberettiget ind på domstolenes domæne og dermed overtræder § 3, 3. pkt. Men det er stort set alt. Længere rækker teoriens udlægning af magtfordelingslæren ikke.

Derfor er det da også lidt overraskende, at dommerne i deres modstand mod tørklædeloven i ganske vidt omfang lænede sig op af netop principperne om magtfordelingslæren og domstolenes uafhængighed.

I lovforslaget er der tale om, at Folketinget vil fastsætte nogle regler om, hvordan retsmøder ved domstolene skal foregå, og hvordan de praktiske omstændigheder – dommernes påklædning og ydre fremtræden – skal være. Der er ikke tale om, at Folketinget selv tiltager sig dømmende magt eller på anden måde blander sig i den måde, domstolene dømmer på, eller sågar forhindrer domstolsprøvelse. Derfor er lovforslaget ikke i nærheden af at være i modstrid med magtfordelingen i grundlovens § 3. På samme måde betyder grundlovens regler om domstolenes uafhængighed ikke, at Folketinget skal blande sig uden om forhold, som domstolene gerne vil klare selv. Reglerne om uafhængighed har til formål at sikre, at dommerne ikke lader sig påvirke af politisk pres og uvedkommende hensyn, når de dømmer. De har ikke til hensigt at sikre domstolenes ret til en udpræget grad af selvregulering.

I løbet af det seneste årti har vi set eksempler på forhold, der traditionelt har været overladt til domstolene selv, men hvor lovgivningsmagten nu er kommet på banen og gerne vil styre området noget mere. Det er for eksempel lovregler om en bredere og mere åben dommerrekruttering og regler for dommernes bijobs, jeg tænker på. Det kan godt være, at domstolene finder det ubelejligt og som et brud på en historisk tradition, men grundlovsstridigt er det ikke.

Det ærgrer mig derfor, at diskussionerne om magtfordeling og indgreb i domstolenes uafhængighed kom til at fylde så relativt meget i den offentlige kritik af lovforslaget. Dommerne og deres organisationer stod sig efter min

opfattelse bedre ved at ophøre med at væbne sig med de juridiske argumenter i modstanden mod lovforslaget. Og hellere melde klart ud, at man synes det er et politisk usympatisk og unødvendigt lovforslag, der er skadende for integrationen og mangfoldigheden på arbejdsmarkedet. Hvis det altså er det, man synes.

Sagen kan ses som et eksempel på, at vi jurister kan have svært ved at argumentere i andet end jura. Men den kan også ses som endnu et eksempel på det vanskelige dilemma, der ligger i at adskille den juridiske vurdering fra de mere politiske, moralske og kulturelle bevæggrunde.

Og nu stod jeg selv med udfordringen med så vidt muligt at fremlægge en sober, nøgtern og saglig vurdering af lovforslaget på Retsudvalgets høring. Jeg er i tvivl om den faglige bedømmelse. Rent juridisk har argumenterne vedrørende religionsfrihed og ikke-diskrimination langt større seriøsitet end indvendingerne knyttet til magtfordelingen og domstolenes uafhængighed. Og jeg har i den tidligere nævnte videnskabelige artikel om Leyla Sahin-sagen kritiseret menneskerettighedsdomstolens accept af Tyrkiets tørklædeforbud ved universiteterne og stillet mig tvivlende overfor, om dommen kan skabe præcedens i Danmark. Men her er der ikke tale om et tørklædeforbud på uddannelsesinstitutioner, men ved domstolene. Formentlig stiller det sagen i et noget andet lys.

### Forskeren som prügelnabe

Tæt forbundet med diskussionen, hvorvidt nogle emner er for politisk kontroversielle til, at man som forsker skal beskæftige sig med dem, er selvfølgelig spørgsmålet, om man som ekspert skal udtale sig om aktuelle sager. På den ene side er der det principielle og – synes jeg – sympatiske synspunkt, at man som universitetsansat har en forpligtelse til at bidrage til den offentlige debat og stille sig til rådighed med faglige vurderinger, fordi samfundet finansierer forskning og undervisning og dermed med rette kan forvente en nyttiggørelse af denne viden. Vi dygtiggør os og forsker ikke kun for vores egen skyld.

På den anden side er det velsagtens en velkendt sag, at det internt i universitetsverdenen ikke altid er lige anset, at man optræder for meget i offentlige sammenhænge. Ikke så meget på ledelsesniveau, for selvfølgelig er man glad for, at medarbejderne profilerer universitetet. Men i almindelige kollegiale sammenhænge kan man ofte opleve en vis skepsis over for det at være meget brugt af mediernes. Forskerens motiver for at deltage drages ofte i tvivl, og så giver det jo sjældent et lige så klogt og intellektuelt indtryk at give en 10 sekunders udtalelse i TV-Avisen, som hvis man udbreder sig på en videnskabelig conference. Der er med andre ord mere prestige i at formulere sig på et højt abstraktionsniveau end på at formidle til den brede offentlighed.

Og så bliver jeg altså også nødt til at nævne den såkaldte »kamp mod ekspertvældet«, som den nuværende regering indledte ved sin tiltræden. Uanset hvad man end mener om den sanering af forskellige råd og nævn, som initiativet indebar, så har italesættelsen af eksperter som noget negativt haft stor psykologisk betydning. Det kan mere end nogensinde før være fristende at holde sig væk fra offentlighedens søgelys.

Tilmed havde Henning Koch – som jeg ikke er i familie med – jo lige oplevet at få næsen i klemme ved Folketingets høring om Tuneserloven. Her havde han defineret de skærpede regler for personer på tålt ophold som frihedsberøvelse, og han konkluderede på denne baggrund, at lovforslaget var grundlovsstridigt. Det vakte naturligvis en del opsigt, men det interessante i denne sammenhæng var, at regeringen og Dansk Folkeparti reagerede ved at udsætte Henning Koch for noget nær et karaktermord. Man forholdt sig nemlig i første omgang slet ikke til substansen i hans synspunkter, men antydede at han plejede at tage fejl, og at det derfor var begrænset, hvor meget lid man skulle fæste til hans synspunkter.

Principielt er det meget problematisk, at folketingspolitikere bliver usaglige og ubehagelige, når eksperterne fremkommer med vurderinger og konklusioner, som ikke passer ind i regeringens kram. Skal man opretholde grundtanken om, at eksperterne skal bidrage med uafhængige og strengt fagligt baserede vurderinger, nytter det ikke noget, at disse udtaler sig med tanke på, hvad der mon kan ske, hvis de siger noget politisk ubejlignet. Så går idéen om uafhængige eksperter jo fløjten. Det betyder ikke, at man altid skal give eksperterne ret. Men man må i det mindste forholde sig sagligt til det, der bliver sagt, og ikke »gå efter manden«.

### Til diskussion

Hvorfor kastede jeg mig så ud i det? Valgte religionsfrihed og tørklædeforbud som et af mine forskningsfelter, og sagde ja til at vurdere lovforslaget om dommeres fremtræden ved retsmøder på en offentlig høring i Retsudvalget. Måske fordi man som forsker kan blive grebet af en ubændig trang til at sætte sin viden i spil og forholde sig til noget konkret i den virkelige verden. Og ikke kun sidde i elfenbenstårnet og teoretisere.

Men også fordi jeg ikke køber præmissen om, at man bedriver mere objektiv forskning ved at holde sig til mere upåagtede emner. Det kan godt være, at det umiddelbart ser sådan ud. Men i et moderne retspluralistisk samfund indebærer også de mere ukontroversielle temaer en række valg og prioriteringer fra retsvidenskabsmanden. De politisk kontroversielle temaer kan måske blot betyde, at man gør sig endnu mere umage end normalt med at erkende sine faglige begrænsninger og udfordre sine egne automatiske ræsonnementer. Og det er vel ikke så skidt endda.

# Om proportionalitetsprincippet<sup>1</sup>

af

*Bent Ole Gram Mortensen*

Proportionalitetsprincippet beskrives i dansk ret primært som det forhold, at der skal være en rimelig balance mellem de indgreb, som den retsundergivne udsættes for, og de hensyn og målsætninger, der begrundes de pågældende indgreb. Som synonym anvendes undertiden begrebet »forholdsmæssighed«, der i sig selv også kan være en del af proportionalitetsprincippet eller vice versa.

Princippet er ikke let at få hold på. Det synes nærmest at have karakter af en forvaltningsretlig grundsætning, der i al fald som et alment princip er uskrevet. Princippet rødder synes at kunne dateres langt tilbage.<sup>2</sup>

Proportionalitetsprincippet kan man anvende både på forvaltningens afgørelser (forvaltningsretligt) og i forhold til generelle regler fastsat af lovgivningsmagten (forfatningsretligt). Set i forhold til den forvaltningsretlige udgave, bliver proportionalitetsprincippet et prøvelseskriterium i forhold til handlingers og afgørelses lovlighed. I sidstnævnte tilfælde indgår det dermed i ugyldighedslæren. I forfatningsretlig henseende er det lovgivningens lovlighed, der bliver prøvet op mod konkrete proportionalitetskrav på forfatnings- eller traktatniveau eller mod et mere generelt dommerskabt proportionalitetskrav.

I det følgende vil der ske en kort behandling af proportionalitetsprincippet, som det finder anvendelse i dansk forvaltningsret.<sup>3</sup> Dernæst vil forholdet til

<sup>1</sup> Dele af denne artikel er blevet præsenteret som et arbejdspapir på Nordiskt Förvaltningsrättsligt Seminarium, Göteborgs universitet, den 31. august-1. september 2007.

<sup>2</sup> Se Jürgen Schwarze: *European Administrative Law*, Thomson/Sweet & Maxwell 2006, s. 679 og Petter Asp: *EG:s sanktionsrätt*, Iustus Förlag, 1998.

<sup>3</sup> Det er ikke hensigten at foretage en fuldstændig gennemgang af domme og litteratur om proportionalitetsprincippet. Det, der er inddraget, er mest af alt udvalgt som illustrative eksempler.

EU-retten blive behandlet, og endelig vil anvendelsen af princippet i forfatningsretlig dansk sammenhæng blive diskuteret.<sup>4</sup>

### 1. Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincips oprindelse

Det antages generelt i den forvaltningsretlige litteratur, at der i dansk ret eksisterer et generelt forvaltningsretligt proportionalitetsprincip. Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip vedrører forvaltningens handlinger og afgørelser dér, hvor forvaltningen kan udøve et skøn.<sup>5</sup>

Selve betegnelsen proportionalitet har ikke nødvendigvis været anvendt. I mere generelle vendinger har man i lovgivning og retsafgørelser lagt vægt på forholdsmæssigheds- og rimelighedsbetragtninger.<sup>6</sup>

Proportionalitetsprincippet varetager i sin natur retssikkerhedsmæssige hensyn, hvor borgeren søges sikret mod uforholdsmæssige offentlige indgreb. Som et alment forvaltningsretligt princip synes proportionalitet i dansk ret – primært introduceret af Carl Aage Nørgaard i 1979<sup>7</sup> og året efter af Bent Christensen.<sup>8</sup>

Proportionalitetsprincippet havde dog længe forinden fundet anvendelse forinden i forbindelse med forskellige offentligretlige discipliner, herunder straffeprocess og statsforfatningsret.<sup>9</sup> Poul Andersen omtalte i 1963 kun proportionalitetsprincippet i forbindelse med forvaltningstvung: »I Almindelighed kan det siges, at fysisk Magt kun tør bringes i Anvendelse, naar det er fornødent [fodnote udeladt], navnlig naar andre administrative Tvangsmidler ikke vil kunne føre til Maalet, at den mildere Slags Magt, naar den er tilstrækkelig, maa anvendes frem for den strengere, og at Magtanvendelsen

<sup>4</sup> Derimod vil proportionalitetsprincippets anvendelse i international ret, herunder i forhold til den Europæiske Menneskerettighedskonvention, ikke blive inddraget. For en kort beskrivelse, se Jürgen Schwarze: *European Administrative Law*, Thomson/Sweet & Maxwell 2006, s. 703 f. og i øvrigt Jonas Christoffersen: *Proportionalitetsprincippet og den internationale menneskeret* i Trine Baumbach, Henrik Dam og Gorm Toftegaard Nielsen (red.): *Festskrift til Jørgen Vestergaard, Jurist- og Økonomforbundet*, 2008.

<sup>5</sup> Jens Garde m.fl.: *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 262.

<sup>6</sup> Der er ikke tale om, at proportionalitetsprincippet kan anvendes af domstolene til at tilside-sætte afgørelser, som domstolene finder urimelige. Om den diskussion, se Krarup i *UfR* 1968B.195.

<sup>7</sup> Carl Aage Nørgaard: *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 1. udg., Juristforbundets Forlag 1979.

<sup>8</sup> Bent Christensen: *Hjemmelsspørgsmål*, Skrifter fra det Retsvidenskabelige Institut ved Københavns Universitet, 37, 1980. Optrykt af Juristforbundets Forlag 1981.

<sup>9</sup> Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: *Forvaltningsret. Jurist- og Økonomforbundets Forlag* 2002, s. 372 f.



overhovedet ikke maa være uforholdsmæssig, henset til den offentlige Interesse, som paakalder Beskyttelse [fodnote udeladt]«. <sup>10</sup> Poul Andersen anfører selv kilder fra 1800-tallet.

Michael Hansen Jensen anfører proportionalitetsprincippets oprindelse til strafferetsplejens regler om tvangsindgreb over for sigtede. <sup>11</sup> Således findes princippet lovfæstet i retsplejelovens regler om anholdelse, varetægtsfængsel og andre foranstaltninger. <sup>12</sup>

Et eksempel findes i straffelovens § 68 om straffrihed på grund af utilregnelighed efter straffelovens § 16. I straffelovens § 68, 2. pkt. anføres: »Såfremt mindre indgribende foranstaltninger som tilsyn, bestemmelser vedrørende opholdssted eller arbejde, afvænningsbehandling, psykiatrisk behandling mv. ikke findes tilstrækkelige, kan det bestemmes, at den pågældende skal anbringes i hospital for sindslidende, i institution for personer med vidtgående psykiske handicap eller under tilsyn med mulighed for administrativ anbringelse eller i egnet hjem eller institution til særlig pleje eller forsorg«. Bestemmelsen har rod i anbefalinger i Straffelovrådets Betænkning nr. 667 om de strafferetlige særforanstaltninger (1972), s. 145: »Ved rettens afgørelse i henhold til § 65 skal der lægges vægt på, hvad der må anses for formålstjenligt for at forebygge yderligere lovovertrædelser. Dette kriterium, der træder i stedet for det nu i § 70 nævnte »hensyn til retssikkerheden«, finder anvendelse dels med hensyn til spørgsmålet, om særlige retsfølger overhovedet skal iværksættes, dels – når dette spørgsmål besvares bekræftende – med hensyn til valget af foranstaltninger. Ved dette valg skal følges den retningslinie, at en mindre indgribende foranstaltning såvidt muligt skal foretrækkes frem for en mere indgribende«.

Bent Christensen henførte i 1982 generelt princippet til straffeprocessen, tjenestemandens regler om disciplinærstraffe og ekspropriationsretten. <sup>13</sup>

Aktuelt findes mange eksempler på krav om proportionalitet i lovgivningen. Foruden de ovenfor nævnte traditionelle områder kan der også findes eksempler i udlændingeloven <sup>14</sup> og på miljøbeskyttelsesområdet. <sup>15</sup>

<sup>10</sup> Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, Gyldendal 4. udg., 1963, s. 548.

<sup>11</sup> Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, UfR 1994B.335.

<sup>12</sup> Varetægtsfængsel er også underlagt et proportionalitetskrav i den danske grundlovs § 71, stk. 5. Der er dermed et forfatningsretligt element.

<sup>13</sup> Bent Christensen: Domstolsprøvelsens grundlag belyst ved prøvelsen af en lokalplan, UfR 1982B.209.

<sup>14</sup> Udlændingelovens § 36, stk. 1, sidste pkt. har følgende ordlyd: »En udlænding, hvis ansøgning om opholdstilladelse efter § 7 forventes eller er udtaget til behandling efter den i § 53 b, stk. 1, nævnte procedure, kan efter en konkret, individuel vurdering frihedsberøves, såfremt det er påkrævet for at fastholde udlændingens tilstedeværelse under asylsagsbehandlingen, medmindre de i § 34 nævnte foranstaltninger er tilstrækkelige«.

<sup>15</sup> Det følger således af miljøbeskyttelseslovens § 41, stk. 2, at tilsynsmyndigheden kun kan nedlægge forbud mod en listevirksomheds fortsatte drift, hvis forureningen ikke kan nedbringes.

## 2. Den aktuelle definition af proportionalitetsprincippet i den forvaltningsretlige faglitteratur

Tager man fat i nogle af de nyeste generelle danske beskrivelser af den almenne forvaltningsret, så indeholder de alle en omtale af proportionalitetsprincippet. Princippet er ligeledes behandlet i en række artikler.

Jon Andersen<sup>16</sup> beskriver det således: »Ved valget mellem flere mulige udformninger af afgørelsens indhold er forvaltningen forpligtet til ikke at gå videre med hensyn til at påføre borgerne byrder end formålet tilsiger«. Efter ordlyden sigter forfatteren til et forvaltningsretligt *forholdsmæssighedsprincip*. I en anden fremstilling anvender Jon Andersen udtrykket »proportionalitetsgrundsætningen«.<sup>17</sup>

Bent Christensen<sup>18</sup> anfører, at der ingen tvivl er om, at »skønsudøvelsen i dansk forvaltningsret er underkastet en *almindelig grundsætning* om forholdsmæssighed eller proportionalitet [*min fremhævelse*]«. Bent Christensen omtaler såvel et nødvendighedsspørgsmål, som et forholdsmæssighedsspørgsmål, og anfører samtidig, at der ikke er nogen skarp sondring herimellem. En egnethedsgrundsætning opstilles som en selvstændig grundsætning med en bemærkning om, at prøvelsesinstanser kan anvende en sådan.

Jens Garde<sup>19</sup> benytter følgende karakteristik af proportionalitetsprincippet: »Hvor forvaltningen har et valg mellem flere typer af indgreb til opnåelse af et ønskeligt resultat, følger det af princippet, at forvaltningen er forpligtet til at vælge den mindst indgribende, som er tilstrækkelig til opnåelse af formålet, dvs. der ligger i proportionalitetsprincippet et krav om, at et indgreb af den påtænkte art er *nødvendigt*. Herudover indeholder proportionalitetsprincippet et krav om *forholdsmæssighed*, hvorefter indgrebet kun må iværksættes, hvis det står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges«. Videre anfører Garde, at proportionalitetsprincippet kan suppleres med et generelt krav om *egnethed*.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> I Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002, s. 372.

<sup>17</sup> Jon Andersen: Forvaltningsret, Forlaget Thomson 2006, s. 145.

<sup>18</sup> Bent Christensen: Forvaltningsret. Opgaver, hjemmel, organisation, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1991, s. 219 ff.

<sup>19</sup> Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almendelige emner, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 262.

<sup>20</sup> Jens Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almendelige emner, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 267. Der henvises i en fodnote til Karsten Revsbech: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav, UfR 1990B.400.

Ifølge forfatteren er den traditionelle opfattelse, at egnedskriteriet adskiller sig fra og supplerer proportionalitetsprincippet.

Kriterierne forholdsmæssig og nødvendig går igen hos Michael Hansen-Jensen,<sup>21</sup> der definerer proportionalitetsprincippet således: »Når offentlige myndigheder griber regulerende ind over for borgerne, skal de midler, der anvendes, være nødvendige og rimelige i forhold til de mål, der forfølges«. Også han anfører egnedskriteriet som et selvstændigt beslægtet kriterium, hvis eksistens er uafklaret. Også sammen med Jørgen Albæk Jensen definerer Michael Hansen Jensen proportionalitetsprincippet som indeholdende såvel et nødvendigheds- som et forholdsmæssighedskrav.<sup>22</sup> Karsten Revsbech synes at være på linje hermed.<sup>23</sup>

### 3. Bagudrettet eller fremadrettet anvendelse

Når proportionalitetsprincippet anvendes i en strafferetlig kontekst, kan proportionalitetsprincippet fremstilles som et krav om forholdsmæssighed mellem brøde og straf. Den strafferetlige anvendelse har en bagudrettet funktion. Det samme kan siges at gøre sig gældende for anvendelsen af disciplinærmidler inden for tjenestemand retten. I modsætning hertil vil forvaltningsretlige afgørelser typisk have et fremadrettet sigte. En bestemt mål søges opnået, og der skal være forholdsmæssighed med de dertil anvendte midler og det konkrete mål. Der er ikke nødvendigvis et skarpt skel mellem bagud- og fremadrettet anvendelse af proportionalitetsprincippet. Således kan det hævdes, at der er et fremadrettet element i fastlæggelsen af en straf i form af forebyggelsen, og i valget mellem fysisk og retlig lovliggørelse i planlovgivningen kan der tilsvarende siges at være et bagudrettet element.

Petter Asp har i værket EG:s sanktionsrätt, lustus Förlag, 1998 i afsnittet om proportionalitet netop forsøgt sig med en opdeling mellem proportionalitetsprincippet anvendt forvaltningsretligt på relationen mellem mål og middel (såkaldt A-proportionalitet) og proportionalitetsprincippet anvendt på forholdet mellem brøde og straf (såkaldt S-proportionalitet).<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, Ugeskrift for Retsvæsen 1994B.335.

<sup>22</sup> Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: Grundlæggende forvaltningsret, Danmarks Forvaltningshøjskoles Forlag 2000, s. 171.

<sup>23</sup> Karsten Revsbech: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav, UfR 1990B.400.

<sup>24</sup> Petter Asps arbejder er jeg blevet gjort bekendt med af min kollega Thomas Elholm, som jeg også takker for kommentarer til et arbejdsudkast til denne artikel.

Det bagudrettede og det fremadrettede perspektiv anvendes nedenfor i forbindelse med omtalen af proportionalitetsprincippets kriterier.

#### 4. Proportionalitetsprincippets kriterier

Med udgangspunkt i ovennævnte forfattere kan man i relation til proportionalitetsprincippet udskille tre kriterier: Et forholdsmæssighedskriterium, et nødvendighedskriterium og et egnethedskriterium.

##### 4.1 Forholdsmæssighedskriteriet

*Forholdsmæssighedskriteriet* kan nærmest betegnes som et krav om rimelighed eller balance. I relation til den bagudrettede anvendelse af princippet skal der være balance (rimelighed) mellem brøden og den sanktion, som den udøvende magt vil anvende i den anledning. I relation til den fremadrettede anvendelse af princippet gælder princippet balancen mellem de anvendte midler og den målsætning, der forfølges.

Når man taler om et forholdsmæssighedskriterium, må det være naturligt at spørge i forhold til hvad? Hvornår er der balance/rimelighed mellem brøde og straf hhv. mål og middel? Det synes at være et spørgsmål med et betydeligt subjektivt element. Domstolenes meget konkrete anvendelse af princippet som et prøvelsesprincip efterlader ikke noget klart svar, og domstolene finder formodentlig heller ikke behov herfor.

Som eksempler på nyere domme findes de meget typiske fiskerilicens-afgørelser (bagudrettede afgørelser), hvor det af domstolene blev vurderet, hvorvidt overtrædelsen af vilkårene var grov nok til at inddrage tilladelse til industrifiskeri.

Dette var ikke tilfældet i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 1999.1880 V og UfR 2001.669 V. Inddragelse af tilladelsen til industrifiskeri blev anset for uforholdsmæssig i forhold til overtrædelsens grovhed og de konkrete omstændigheder. I begge tilfælde var der tale om overtrædelse af procedureregler. Der blev ikke påvist fortsæt til ulovligt fiskeri.

Derimod blev licensinddragelse for en måned ikke fundet ugyldig i UfR 2000.2217 H, der omhandlede overskridelser af grænserne for tilladelige bifangster uden undskyldelige omstændigheder. Der var ikke tale om et uforholdsmæssigt indgreb. Udtrykket anvendes af landsretten, og Højesteret henviser i sin stadfæstelse til de grunde, der er anført af landsretten.

I UfR 1990.1880 V antager Vestre Landsret eksplicit eksistensen af et generelt forvaltningsretsligt proportionalitetsprincip: »Dertil kommer, at der ikke i forarbejderne til bestemmelsen i § 6, stk. 2, i lov om regulering af fiskeriet er anført omstændigheder, som giver grundlag for at antage, at der efter bestemmelsen skulle være adgang til at inddrage allerede meddelte tilladelser i

videre omfang, end tilladelser efter anden tilsvarende lovgivning kan inddrages, eller at det almindeligt gældende forvaltningsretlige princip om proportionalitet skulle være helt eller delvist fraveget». <sup>25</sup>

I fiskeridømmene lægger domstolene meget vægt på det faktiske hændelsesforløb i de enkelte sager. Forholdsmæssighedskriteriet anvendes som et prøvelsesprincip i den konkrete kontekst.

Almindelige rimelighedsbetragtninger, der måske rækker videre end det blotte krav om balance, synes at være et væsentligt element i afvejningen. Således kan undskyldende omstændigheder i et vist omfang inddrages.

I UfR 1964.714 H om anvendelse af korporlig afstraffelse fandtes anvendelsen af den strengeste disciplinære reaktion (afskedigelse) over for en plejer ved åndssvageforsorgen ikke at være forholdsmæssig. Udtrykkes anvendes ikke eksplicit. I stedet henvises til undskyldende omstændigheder.

I et mere fremadrettet perspektiv skal risici holdes op mod de omkostninger, som anvendelse af virkemidler medfører.

I UfR 2005.2923 H havde en kommune påbudt totaloprensning efter en jordforening fra et villaoliefy. Totaloprensning var som udgangspunkt med jordforeningslovens genopretningsprincip, og det forudsatte oprensning ned til 4 meters dybde. Villaejerens forsikringselskab foretog dog efter en miljøteknisk undersøgelse kun oprensning ned til 2,6 meters dybde. Det var i strid med det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip (som der var henvist i jordforeningslovens bemærkninger), at kommunen fastholdt kravet om totaloprensning uden at foretage en selvstændig risikovurdering af restforeningen og sammenholde den med omkostningerne ved en totaloprensning.

#### **4.2 Nødvendighedskriteriet**

*Nødvendighedskriteriet* benyttes om et princip om anvendelse af det mindste middel. Heri ligger en forpligtelse til at anvende det mindst indgribende virkemiddel, som kan sikre opfyldelse af målsætningen. <sup>26</sup> Princippet synes især at være relevant for en fremadrettet anvendelse.

<sup>25</sup> Proportionalitet synes også at antages som et generelt princip i nye domme. Se UfR 2006.3394 Ø og UfR 2006.3342 H. I sidstnævnte sag anføres i landsrettens præmisser, som Højesteret henviser til, at da »det ikke kan antages, at sagsøgtets afgørelse medfører omkostninger for sagsøgeren, der står i misforhold til begrænsningen af lugtgenerne for de omkringboende, er proportionalitetsprincippet ikke tilsidesat.« Her anvendes proportionalitetsprincippet som et princip om forholdsmæssighed.

<sup>26</sup> At et konkret virkemiddel er nødvendigt er dog ikke ensbetydende med, at det også er forholdsmæssigt.

I UfR 1965.614 B blev en taxavognmand frifundet for at have overtrådt et lokalt forbud mod, at taxaer holdt uden for offentlige parkeringspladser for at søge hyre noget sted inden for Silkeborg byområde. Retten fandt, at forbuddets udstrækning gik langt ud over det nødvendige.

Et ekspropriationsretligt eksempel findes i UfR 2002.2281 V, hvor Vejdirektoratet i forbindelse med anlæg af en motorvej havde eksproprieret en landbrugsejendoms primære adgang til det offentlige vejnet. For at skabe en vejadgang besluttede Ekspropriationskommissionen at ekspropriere en vejret via en ny privat fællesvej over en naboejendom. I en retssag anlagt af naboejendommens ejer, blev ekspropriationen af vejret underkendt, da Ekspropriationskommissionen ikke kunne godtgøre nødvendigheden heraf. Retten anså en mindre indgribende foranstaltning – udbyggelse af en sekundær adgangsvej over landsbrugsejendommens egne jorder – for at være en fuldgod løsning.

Der synes ikke tale om, at retten nødvendigvis selvstændigt prøver såvel forholdsmæssighedskriteriet som nødvendighedskriteriet endsige prøver begge lige stærkt. Det afhænger af den konkrete kontekst, og de to kriterier kan næppe adskilles fuldstændigt.

I forfatningsretligt henseende kan nødvendighedskriteriet også optræde i forhold til sanktioner. Se til eksempel EF-domstolens dom af 20. februar 1979, SA Buitoni, sag nr. 122/78, hvor SA Buitoni til Frankrig havde fået importlicens til et parti tomatkoncentrat fra tredjeland og i overensstemmelse med gældende regler havde stillet sikkerhed. Det fulgte af en bestemmelse i forordning nr. 193/75 om fælles gennemførelsesforanstaltninger for import- og eksportlicenser samt forudfastsættelsesattester for landbrugsvarer, at sikkerheden ville fortabes, såfremt beviset for, at toldbehandling havde fundet sted, ikke var fremlagt inden for 6 måneder efter licensens sidste gyldighedsdag, medmindre fristoverskridelsen skyldtes force majeure.<sup>27</sup> EF-domstolen underkendte denne bestemmelse ud fra følgende betragtning (betragtning 20): »Denne faste sanktion for en langt mindre alvorlig overtrædelse end tilsidesættelse af forpligtelsen, der er strafsanktioneret i et rimeligt forhold, og hvis opfyldelse selve sikkerhedsstillelsen skal garantere, må derfor betegnes som for vidtgående i forhold til det nævnte formål, nemlig at lette forvaltningen af ordningen med import- eller eksportlicenser.«. Sagen har mest af alt karakter af en bagudrettet anvendelse af nødvendighedskriteriet.

### 4.3 Egnethedskriteriet

*Egnethedskriteriet* hænger ikke som nødvendighedskriteriet naturligt sammen med forholdsmæssighedsbetragtninger. Bent Christensen<sup>28</sup> og Karsten Revsbech<sup>29</sup> omtaler det med henvisning til det tyske forvaltningsretlige begreb

<sup>27</sup> Artikel 18, stk. 4 indsat ved ændringsforordning 499/76.

<sup>28</sup> Bent Christensen: Hjemmelsspørgsmål, Skrifter fra det Retsvidenskabelige Institut ved Københavns Universitet, 37, 1980. Optrykt af Juristforbundets Forlag 1981.

<sup>29</sup> Karsten Revsbech: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav, UfR 1990B.400.

»Zweckuntauglichkeit« som et selvstændigt princip, der dog har forbindelse til proportionalitetsprincippet. Petter Asp argumenterer for, at et egnethedskriterium naturligt vil være indbygget i nødvendighedskriteriet, da det mindst indgribende middel, der kan opfylde målsætningen, i sagens natur også må være egnet.<sup>30</sup>

Egnethedsprincippet stiller ikke krav om, at det kun er det mest egnede virkemiddel, der kan anvendes. Så længe valget af virkemiddel er lovligt, vil valget af et mindre egnet, men dog egnet virkemiddel ikke kunne medføre ugyldighed.

Selve det, at der er tillagt forvaltningen et skøn, gør det naturligt, at det er forvaltningen, der afgør, om et retsmiddel er egnet til at forfølge en given målsætning. Men princippet er svært at anvende. Hvordan skal egnetheden vurderes? Om det var sagligt at anse midlet som egnet på udstedelsestidspunktet, eller om det på bedømmelsestidspunktet fremstår som uegnet? Herpå kan der næppe gives et klart svar.

Der er da heller ikke klare tegn på, at de danske domstole hidtil har anvendt egnethed som et selvstændigt kriterium, og det må antages, at uegnetheden skal være ganske klar, før domstolene (første gang) vil benytte dette kriterium eksplicit. Er der imidlertid tale om åbenbar uegnethed, vil det næppe være problematisk for domstolene at inddrage dette. Netop i forhold til egnethedskravet argumenterer Niels Fenger dog for, at egnethedskravet i dansk ret bliver udøvet med »særlig tilbageholdenhed, hvor konsekvenserne af underkendelse kan være svære at overskue«.<sup>31</sup>

## 5. Forholdet til EU's proportionalitetsprincip

Mens der kun har været begrænset fokus på det forfatningsretlige proportionalitetsprincip i Danmark, synes praksis fra EU primært at vedrøre generelle retsakter.<sup>32</sup> EF-domstolens praksis har fastslået et forfatningsretligt proportionalitetsprincipbaseret krav om, at foranstaltninger indeholdt i retsakter fra Fællesskabets institutioner skal være *egnede* til at opfylde de tilsigtede mål, at foranstaltningerne skal være *nødvendige* til opnåelse af de forfulgte målsætninger, og at foranstaltningerne skal stå i *passende forhold* til de tilsigtede

<sup>30</sup> Petter Asp: EG:s sanktionsrätt, Iustus Förlag, 1998.

<sup>31</sup> Se Niels Fenger: Forvaltning & Fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 632.

<sup>32</sup> Niels Fenger: Forvaltning & Fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 628. Mere generelt omtales EU's anvendelse af proportionalitetsprincippet i Jürgen Schwarze: European Administrative Law, Thomson/Sweet & Maxwell 2006, s. 708 ff.

mål.<sup>33</sup> Det er dog langt fra altid, at alle tre elementer indgår i den EU-retlige prøvelse.<sup>34</sup> Det er i EU-retten de nationale foranstaltninger, der ved hjælp af det EU-retlige proportionalitetsprincip som redskab bliver prøvet i forhold til de grundlæggende EU-principper, f.eks. ikke-diskriminationsprincippet eller de fire friheder.

Princippet afviger lidt fra det nationale danske forvaltningsretlige proportionalitetsprincip ved, at egnethed er en integreret del af princippet. De to principper adresserer dog også delvist forskellige typer indgreb, idet det danske princip mest anvendes i det konkrete, så visse forskelle kan næppe være overraskende.

Danmark har i EU-regi oplevet at få underkendt generelle lovbestemmelser. Dette skete bl.a. i returflaskesagen<sup>35</sup> (domstolens sag 302/86), hvor EF-domstolen tog stilling til det danske returflaskesystems overensstemmelse med EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for varer (dåværende artikel 30, nu artikel 28). Returflaskesystemet varetog et miljøbeskyttelses-hensyn gennem krav om genanvendelse af drikkevareemballage. Disse foranstaltninger kunne imidlertid hæmme samhandlen. Selve kravet om et retursystem for drikkevareemballage fandtes ikke af EF-domstolen disproportionalt i forhold til formålet.<sup>36</sup> Dette var et nødvendigt led i at sikre, at emballagerne blev genanvendt. Et krav om, at der årligt højst måtte markedsføres 3.000 hl øl og læskedrikke pr. producent i ikke-godkendt returemballage, fandtes dog ikke proportionalt. Returflaskesystemet var reguleret i en bekendtgørelse udstedt af miljøministeren med hjemmel i dansk lov.

Opstår en lignende sag om dansk lovgivnings overensstemmelse med EU-retten, må spørgsmålet antages at munde ud en præjudiciel forespørgsel til EF-domstolen. På de områder, hvor EU har kompetence, vil det EU-retlige proportionalitetsprincip således finde anvendelse som et forfatningsretligt princip. Det vil ikke være unaturligt, om EF-domstolens mulighed for at underkende danske bestemmelser ud fra en forfatningsmæssig anvendelse af proportionalitetsprincippet vil medføre et øget fokus herpå hos de danske dømmende myndigheder. Det er dog mere tvivlsomt, om de danske domstole

<sup>33</sup> Se Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, Ugeskrift for Retsvæsen 1994B.335 og Niels Fenger: Forvaltning & Fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 624 ff., Petter Asp: EG:s sanktionsrätt, Iustus Förlag, 1998 samt Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen: EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 367 ff. for en omtale af dette princip.

<sup>34</sup> Se Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen: EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 367.

<sup>35</sup> EF-domstolens dom af 20. september 1988, Kommissionen mod Danmark, sag nr. 302/86.

<sup>36</sup> Formuleringen i dommen var »ikke i rimeligt forhold til det forfulgte mål«.



selv vil anvende princippet forfatningsretligt. Det formål, som et forfatningsretligt proportionalitetsprincip forfølger, vil i mange tilfælde givet kunne opnås ad andre veje, herunder ved en udvidet fortolkning af grundlovsbestemmelser. Det vil ikke være uforståeligt, hvis domstolene vælger at følge en sådan løsning, hvor muligt.<sup>37</sup>

## 6. Det forfatningsretlige proportionalitetsprincip

Proportionalitetsprincippet har som nævnt i Danmark primært været anvendt forvaltningsretligt. Faktisk er det næppe afklaret, hvorvidt dansk ret indeholder et generelt *forfatningsretligt* proportionalitetsprincip. Danske forfattere har ikke nødvendigvis i forbindelse med deres omtale af proportionalitetsprincippet taget stilling til, hvorvidt der findes et mere generelt forfatningsretligt proportionalitetsprincip.

Michael Hansen Jensen anfører indledningsvis i UfR 1994B.335, at det er en almindeligt antaget »forudsætning om, at proportionalitetsprincippet alene er bindende for den udøvende magt (forvaltningen i vid forstand), men ikke for lovgivningsmagten.<sup>38</sup>

Niels Fenger anfører ligeledes, at den overvejende del af den danske retslitteratur er afvisende over for et forfatningsretligt proportionalitetsprincip.<sup>39</sup>

Hos Jens Elo Rytter<sup>40</sup> anvendes begrebet »forholdsmæssighedsgrund-sætningen« i forbindelse med grundrettighedsindgreb. Rytter inkluderer i grundsætningen kravene egnet, nødvendigt og proportionalt. Her synes egnethedskriteriet at blive inddraget under samme fællesbegreb som nødvendighed og forholdsmæssighed/proportionalitet, skønt der henvises til Michael Hansen Jensen.<sup>41</sup> Rytter antager, at dansk ret må »operere med et krav om grundrettighedsindgrebs forholdsmæssighed«.

Visse grundlovsbestemmelser synes at være underlagt en proportionalitetslignende beskyttelse. Den danske grundlovs frihedsrettigheder antages således at have en sådan karakter, at lovgivningsmagtens adgang til at gribe ind

<sup>37</sup> Karsten Revsbech nævner i TfR 1991.50 med henvisning til Poul Andersen et eksempel med fortolkning af »almenvellet« i ekspropriationsbestemmelsen i den danske grundlovs § 73.

<sup>38</sup> Senere i samme artikel gør Niels Fenger sig dog til talsmand for indførelsen heraf.

<sup>39</sup> Niels Fenger: *Forvaltning & Fællesskab*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 627.

<sup>40</sup> Jens Elo Rytter: *Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, Forlaget Thomson 2000, s. 248 ff.

<sup>41</sup> Michael Hansen Jensen: *Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning*, UfR 1994B.335.

heri kun kan ske under hensyn til proportionalitetslignende principper.<sup>42</sup> Dette gælder f.eks. i forhold til ytringsfriheden (censurforbuddet) i den danske grundlovs § 77.<sup>43</sup> Alf Ross har fremlagt lignende synspunkter vedrørende ekspropriationsbestemmelsen i den danske grundlovs § 73.<sup>44</sup>

Peter Germer anfører et mere generelt forfatningsretligt proportionalitetsprincip i forbindelse med de grundlovsbeskyttede frihedsrettigheder ved at opstille et krav om, at reguleringen ikke må være mere indgribende, end formålet tilsiger.<sup>45</sup>

I den ovenfor omtalte dom, UfR 1965.614 B, anvendes nødvendighedskriteriet ikke på en konkret forvaltningsakt, men på en mere generel regulering udstedt af forvaltningen med hjemmel i lov. Vel er dette ikke en direkte kontrol af lovgivningsmagten, og vel er det kun en byretsafgørelse, men i det konkrete tilfælde har domstolen dog anvendt et nødvendighedskriterium på mere generelle regler, og ikke blot på en konkret forvaltningsakt. I en dom fra Østre Landsret (UfR 1985.85 Ø) vedrørende en generel ændring i lokale tilladelser vedrørende restaurations åbningstid underkendte Landsrettens flertal denne ændring med et udsagn, der hviler på proportionalitetsbetragtninger: »Hverken det af politimyndigheden anførte hensyn til nabokommunerne eller betragtningen om de ordenspolitimæssige fordele ved at fastsætte samme lukketid for alle natrestauranter i kommunen findes at kunne begrunde det foretagne indgreb i de tiltaltes hidtidige næringsadkomst, der hviler på en natbevilling, som de har indrettet sig efter. Disse dommere stemmer derfor for at stadfæste dommen«. Spørgsmålet er selvfølgelig, hvorvidt domstolene ville være villige til i givet fald at underkende en lov ud fra samme kriterium. Det vil være naturligt at forvente, at det unødvendige i loven i givet fald skulle være meget klart.

<sup>42</sup> Dette understøttes af kravene i Den europæiske Menneskerettighedskonventions bestemmelser om frihedsrettigheder (art. 8-11), der indeholder et nødvendighedskrav.

<sup>43</sup> Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, Ugeskrift for Retsvæsen 1994B.335, der bl.a. fremhæver Peter Germer, Statsforfatningsret I, 1988, s. 19, Mogens Munch: Trykkefrihed og forbud, UfR 1982B.61 og Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 3, 1989, s. 38 samt Justitsministeriets notat af 7. januar 1976 om rækkevidden af bestemmelserne i grundlovens §§ 77 og 79 i forbindelse med demonstrationer under arbejdsconflikter – optrykt som bilag 2 i betænkning 759/1976 om visse strafferetlige og civilretlige spørgsmål i forbindelse med arbejdsconflikter.

<sup>44</sup> Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret 2, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck 1983, s. 683, hvor det anføres, at det ikke er »nok, at indgrebet tjener et almennyttigt formål, det må tillige kræves at dette formål ikke, eller i hvert fald ikke lige så godt, kan virkeliggøres uden at gøre dette indgreb.«

<sup>45</sup> Peter Germer henviser her til sin egen fremstilling om Ytringsfrihedens væsen fra 1973.

Det forhold, at proportionalitetsprincippet er blevet accepteret som et generelt forvaltningsretligt princip i dansk ret i en periode, hvor Danmark har været medlem af EU/EF, er ikke ensbetydende med, at det er fra EU, at danske domstole og juridiske forskere er blevet inspireret til at gøre princippet generelt. Eventuel inspiration kan være kommet fra andre nationale retssystemer, der har været inde i samme udvikling, eller fra national ret,<sup>46</sup> hvor princippet længe før dansk medlemskab har fundet anvendelse. Herfor kunne tale, at princippet fortsat i Danmark kun finder anvendelse rent forvaltningsmæssigt, mens EU primært har anvendt princippet forfatningsmæssigt.

Det forfatningsretlige proportionalitetsprincip er næppe fuldstændig udelukket i Danmark. Indvirkning fra den stadig mere omfattende fællesskabsret vil givet forpligte de danske domstole i stadig videre omfang, hvilket givet vil have en afsmittende virkning. Mere generelt kan også et generelt forfatningsretligt proportionalitetsprincip ses som et led i en øget beskyttelse over for borgeren.

Niels Fenger anfører, at selv om »ingen rets- eller ombudsmandspraksis mig bekendt har knæsat princippet udtrykkeligt, er der næppe grund til at antage, at den faktiske danske retstilstand afviger grundlæggende fra fællesskabsretten«. <sup>47</sup> Heri har han givet ret. Under alle omstændigheder, må såvel dansk forvaltnings- som forfatningsret antages at blive fortolket EU-konform. Et anbringende om manglende proportionalitet for en dansk domstol bør da også afstedkomme et præjudicielt spørgsmål til EF-domstolen, jævnfør EF-traktatens art. 177. Noget andet er, at dette ikke nødvendigvis giver sig udtryk i, at man i Danmark i større omfang vil anvende proportionalitetsprincippet til at bestride generelle regler.<sup>48</sup>

Endelig kan en tilbageholdenhed i Danmark med at anvende proportionalitetsprincippet forfatningsmæssigt også være udtryk for en generel tilbageholdenhed med at underkende politisk vedtagne regler. Danske domstole underkender således kun sjældent bestemmelser som værende i strid med grundloven.<sup>49</sup> Man kan spekulere på, hvorfor det forholder sig således. Én forklaring kunne søges i, at der i Danmark ikke findes særskilte forfatnings- eller

<sup>46</sup> Niels Fenger: *Forvaltning & Fællesskab*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s 651 ff.

<sup>47</sup> Niels Fenger: *Forvaltning & Fællesskab*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 632.

<sup>48</sup> Niels Fenger: *Forvaltning & Fællesskab*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 642 anfører, at hverken danske myndigheder eller retsundergivne i samme grad som i forhold til EU-retten er opmærksomme på proportionalitetsprincippets underkendelsesmuligheder uden for indgrebstilfældene.

<sup>49</sup> Tvind-dommen (UfR 1999.841 H) er den eneste undtagelse i nyere tid.

forvaltningsdomstole og dermed ingen domstolsinstans, der har det som sin primære opgave at kontrollere forvaltning og lovgiver. En mere sandsynlig forklaring kunne være, at der traditionelt udvises tilbageholdenhed med at underkende lovgivningsmagten, der jo bærer et demokratisk mandat.<sup>50</sup> Især anvendelse af uskrevne principper bør anvendes med forsigtighed.<sup>51</sup> Der må således kræves en betydelig *klarhed*, før domstolene tilsidesætter en lov. I UfR 1921.644 udtalte Højesteret: »Efter Alt, hvad der foreligger, kan det ikke med den Sikkerhed, som maatte kræves, for at Domstolene skulde kunne tilsidesætte Bestemmelserne i en paa grundlovmæssig Maade vedtaget Lov som grundlovsstridige, statueres, at ...«. Sagen gjaldt en prøvelse op mod en grundlovsbestemmelse. Kravene til klarhed bliver næppe mindre af, at sagen skulle prøves mod et ulovfæstet princip.

Niels Fenger finder det svært at forestille sig, at en dansk domstol ville træffe en afgørelse, der ville nødvendiggøre ophævelse af love og bekendtgørelser under henvisning til det almindelige proportionalitetsprincip, noget EF-domstolen ikke er tilbageholdende med, når der er tale om handelshindringer.<sup>52</sup> Om Fenger får ret heri, vil tiden vise.

I Tyskland, hvor princippet er kommet klart til udtryk både i forvaltningsretten og forfatningsretten, bredte det sig fra forvaltningsretten til forfatningsretten.<sup>53</sup> Er det helt udelukket, at noget tilsvarende ad åre vil kunne ske i Danmark? Forvaltningsretligt har proportionalitetsprincippet i Danmark allerede bredt sig fra at vedrøre tvangsforanstaltninger til at udgøre et alment forvaltningsretligt princip. Skridtet er nok længere til et direkte forfatningsretligt princip, men beskyttelseshensynet er det samme – at sikre borgerne mod uforholdsmæssige indgreb.

Rocker-dommen (UfR 1999.1798 H) omhandlede en lovhjemmel for politiet til under nærmere angivne betingelser at forbyde en person at opholde sig i en ejendom, der tjente som tilholdssted for en rockergruppe, som den pågældende person tilhørte eller havde tilknytning til. Højesteret inddrog forholdsmæssighedsbetragtninger i forhold til prøvelse af denne hjemmel i forhold til den danske grundlovs bestemmelse om forsamlingsfrihed (§ 79):

<sup>50</sup> I andre demokratiske stater lever lovgiver dog med en vis forfatningsretlig kontrol, uden at man af den grund kan sige, at demokratiet eller den almindelige magtfordeling lider nød.

<sup>51</sup> Michael Hansen Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, Ugeskrift for Retsvæsen 1994B.335 nævner højesteretsdommene UfR 1965.293 og UfR 1986.898 og de tilhørende kommentarer i UfR 1964B.244 og UfR 1987B.54 i forbindelse med lighedsgrundsætningen.

<sup>52</sup> Niels Fenger: Forvaltning & Fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, s. 645 og 650.

<sup>53</sup> Jan Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, s. 83.

»Ordnings betydning for grupper, som gennem deltagelse i gensidigt væbnet opgør selv har gjort sig til angrebsmål, er beskeden i forhold til den tilstræbte beskyttelse af omkringboende og forbipasserende, der uforskyldt udsættes for fare. Ved gruppernes fortsatte tilstedeværelse på deres kendte tilholdssteder ville denne fare for udenforstående kun kunne afværges effektivt ved en så omfattende politiindsats, at følgerne heraf ville være langt mere indgribende«.

Måske er skridtet ikke så langt endda. Hvis en lov er klart disproportional, burde domstolene ikke have skrupler ved at anvende princippet forfatningsretligt. Dette fordrer naturligvis, at princippet påberåbes.

Vil aktørerne ved domstolene stadig være tilbageholdende med at påberåbe sig et uskrevet princip til underkendelse af lovgivning, vil princippet givet i selve lovgivningsprocessen blive søgt håndhævet rent politisk. Om ikke andet vil Folketinget givet blive frarådet at følge en vej, hvor der kan rejses forfatningsretlige indvendinger.

# Idræt er farligt

af

*Karsten Naundrup Olesen*

## 1. Artikkens tema

Der er en årelang tradition for, at landets kommuner på forskellig vis bidrager til borgernes idrætsliv. I de senere år er det også blevet muligt at finde kommuners navne på idrætsklubbers lister over sponsorer og på idrætsudøvernes spilledragter. Kommunerne engagerer sig således i både breddeidræt og eliteidræt. Set fra et juridisk perspektiv er der forhold, der er fælles ved begge typer engagement, men der er også forskelle i såvel hjemmelsgrundlag som problemstillinger. I en fremstillingsteknisk sammenhæng kan disse forskelle begrunde en sondring mellem kommunalt engagement i breddeidræt og i eliteidræt. I denne artikel behandles kun engagementet i breddeidrætten.<sup>1</sup>

Kommunale bidrag til breddeidræt afføder forskellige juridiske problemstillinger. Emnet kan således ansues ud fra eksempelvis et hjemmelsperspektiv, et ligebehandlingsperspektiv og et konkurrenceretligt perspektiv. I denne artikel tages udgangspunkt i det konkurrenceretlige perspektiv, idet der fokuseres på risikoen for, at kommunal involvering i breddeidrætten resulterer i konkurrenceforvridning.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> For behandling af forskellige aspekter knyttet til kommunalt engagement i eliteidræt, se bl.a. Indenrigsministeriets redegørelse af 17/9 2001 om kommuners engagement i professionel fodbold (Indenrigsministeriet, 2. kommunekontor, j.nr. 2000/11021-45), *Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver*, s. 274ff, *Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed*, s. 124ff og *Karsten Naundrup Olesen* i *Juristen* 2008.214.

<sup>2</sup> De forskellige perspektiver overlapper i en vis udstrækning hinanden, og selv om de forskellige perspektiver naturligvis giver forskellige måder at betragte emnet på, er det dog det samme emne, der betragtes, og derfor også de samme elementer og problemstillinger. Disse har blot forskellig vægt, men det gods, de forskellige perspektiver har til fælles, betyder, at en del af de forhold der analyseres i denne artikel, med henblik på at drage konklusioner om

Når konkurrenceforvridning kan blive aktuel, er det fordi idrætsaktiviteter også aktuelt eller potentielt kan udbydes på kommerciel basis af private aktører. Forvridningen kan opstå, hvis idrætsaktiviteter, som følge af et kommunalt engagement, kan udbydes på vilkår, der, i relation til pris og/eller indhold, har et niveau, der ikke kun skyldes god forretningsførelse, men også at kommunale resurser understøtter aktiviteten. Er dette tilfældet, kan disse støttede tilbud fjerne kunder fra de kommercielle tilbud, hvilket kan lede til mindre indtjening for etablerede aktører, eller udelukke grundlaget for at der etableres et kommercielt marked for (visse) idrætsaktiviteter.

Kommunalt bidrag til breddeidrætten kan rubriceres i tre kategorier: 1) kommunen udbyder selv idrætsaktiviteter, 2) kommunen stiller idrætsfaciliteter til rådighed for andre udbydere af idrætsaktiviteter og 3) kommunen yder direkte økonomisk støtte til idrætsaktiviteter. Inden for alle tre kategorier kan konkurrenceforvridning blive en følge af det kommunale engagement, men da kategorierne er forskellige, og reguleringen af de forhold, der kan lede til forvridning af konkurrencen, også er det, behandles de tre kategorier hver for sig i artiklen.

## 2. Kommunen udbyder idrætsaktiviteter

### 2.1 Hvilke aktiviteter kan kommuner udbyde?

Vil en kommune tilbyde idrætsaktiviteter, gælder det, som ved alle andre kommunale aktiviteter, at der skal findes hjemmel for disse i den lovgivning eller de uskrevne regler (kommunalfuldmagten), der regulerer det kommunale liv. Når det kommer til idrætsaktiviteter, synes der ikke at være lovgivning, der regulerer pligt eller mulighed for, at kommunerne kan tilbyde sådanne, men derimod er der en årelang tradition for, at kommuner kan tilbyde idrætsaktiviteter med hjemmel i kommunalfuldmagten, da den slags aktiviteter bliver betragtet som en kommunal opgave.

Kommunalfuldmagten regulerer på forskellig vis de kommunale aktiviteter på idrættens område, idet den dels opstiller krav til, hvilke aktiviteter der kan udbydes, dels udstikker retningslinjer for, hvordan en kommune kan optræde, hvis den udbyder en hjemlet aktivitet.

Hvad angår reguleringen af, hvilke idrætsaktiviteter kommunen kan udbyde, er dette afgrænset af kravet om, at aktiviteten skal kunne karakteriseres som en kommunal opgave. En nærmere beskrivelse af, hvad der inden for rammerne af kommunalfuldmagten antages at være en kommunal opgave, følger af praksis, særligt fra Velfærdsministeriet (og dets forgængere i rækken af ministerier med kommunernes forhold som ressort) og tilsynsmyndigheden. Det overordnede indtryk af denne praksis er, at der er ganske vide rammer for, hvilke idrætsaktiviteter kommunerne kan udbyde. Ser man

---

risikoen for konkurrenceforvridning, også kan inddrages, hvis man analyserer emnet kommunalt bidrag til breddeidræt ud fra et af de andre perspektiver.

rundt i landets kommuner, synes særligt svømmeundervisning for børn og voksne, instruktion i styrketræning og forskellige former for gymnastik at være udbredte kommunale idrætsaktiviteter.<sup>3</sup>

Bredden i det kommunale idrætsudbud kan forklares med den traditionelt rummelige opfattelse af de elementer, der er centrale ved vurdering af, om en (idræts-)aktivitet kan kvalificeres som en kommunal opgave. Disse elementer er, at den pågældende aktivitet skal være til gavn for kommunens indbyggere (almennyttekriterium), og at der med aktiviteten skal varetages en kommunal interesse.<sup>4</sup>

Almennyttekriteriet er ikke ensbetydende med at alle indbyggere i kommunen skal have gavn af den konkrete aktivitet, idet kriteriet er opfyldt, hvis blot en mindre gruppe (fx svømmere) har gavn af aktiviteten. Det væsentlige er, at aktiviteten som udgangspunkt er tilgængelig for alle kommunens borgere.<sup>5</sup>

Hvad angår kravet om, at der med idrætsaktiviteten skal varetages en kommunal interesse, kan man måske ved første tanke studse over, at det at sikre, at nogle mennesker kan dyrke en bestemt idræt, kan være af kommunal interesse. Imidlertid er det ikke muligheden for at udøve en bestemt idræt, der anses for at være af kommunal interesse. Men det at borgerne får

<sup>3</sup> En rundringning til kommunalforvaltningerne i landets 25 største kommuner foretaget i marts 2009 viste, at 9 af kommunerne tilbyder en eller flere idrætsaktiviteter til deres borgere, hvor borgeren mod betaling kan motionere og i tilknytning til dette modtage tjenesteydelse, fx i form af undervisning vedrørende den pågældende motionsaktivitet. Undersøgelsen kan kun betragtes som vejledende, idet resultaterne ikke kan antages at være fuldt valide. Således fandtes der ved referencer til kommunale hjemmesider oplysninger om kommunale aktiviteter, der ikke stemmer overens med de oplysninger, der blev givet ved de telefoniske henvendelser. Undersøgelsen er foretaget af stud.jur. Camilla Green Rasmussen, stud. jur. Katrine Bytofte Schultz-Pedersen og stud.merc.-jur. Helle Mikkelsen – de får alle stor tak for indsatsen.

<sup>4</sup> Fra ministeriel side kommer bredden til udtryk i følgende formulering: »Der kan efter Indenrigsministeriets opfattelse ikke ud fra ovennævnte grundsætning [om at kommunerne under visse betingelser kan stille faciliteter til rådighed for borgerne med henblik på at fremme folkesundheden og idrætslivet i kommunen] udledes en præcis afgrænsning af, hvilke opgaver kommuner kan varetage til fremme af folkesundheden og idrætslivet i kommunen. En sådan afgrænsning må foretages på baggrund af bl.a. udviklingen i udøvelsen af motionsidræt.« Citatet er taget fra ministeriets udtalelse af 1. oktober 1996 i deres j.nr. 1992/1124/101-3 og genfindes stort set ordret i en udtalelse fra 25. februar 2002 om en kommunes adgang til at støtte et test- og træningscenter.

<sup>5</sup> Dette udgangspunkt er ikke ufravigeligt, jf. *Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver*, s. 73ff. Se om almennyttekriteriet hos bl.a. *Morten Engberg i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret*, s. 691ff, *Garde og Revsbech: Kommunalret*, s. 17f og *Steen Rønsholdt: Kommunalret i grundtræk*, s. 56f. Se også *Mogens Heide-Jørgensen: Den kommunale interesse*, bl.a. s. 23f.



adgang til at motionere, og derigennem udfolde sig socialt og ikke mindst fysisk, antages at være af interesse for kommunen, fordi det har positiv indvirkning på borgernes trivsel og sundhed.<sup>6</sup> Denne tilgang åbner mulighed for, at kommunerne kan udbyde en bred vifte af idrætsaktiviteter. Hvor åben en tilgang tilsynsmyndighederne og ministeriet har til at kvalificere en aktivitet som en kommunal opgave under henvisning til fremme af folkesundheden fremgår af Indenrigsministeriets udtalelse af 1. oktober 1996 i deres j.nr. 1992/1124/101-3 (Københavns Kommunes støtte til KUC), i hvilken ministeriet fandt, at kommunerne kan etablere solcentre »...med henblik på at fremme folkesundheden og som led i kommunens støtte til idrætslivet i kommunen.«<sup>7</sup> I en udtalelse af 17. april 2007 fandt Statsforvaltningen Midtjylland dog, at det ikke kunne anses for en kommunal opgave at tilbyde »...selvforkælelse og hverdagsluksus« konkret i form af kurbad knyttet til en svømmehal.<sup>8</sup>

## 2.2 Risiko for konkurrenceforvridning

### 2.2.1 Konkurrenceforvridning gennem borgernes betaling

Der gælder en række retningslinjer for, hvordan en kommune kan optræde, hvis den udbyder en hjemlet idrætsaktivitet. Blandt disse har særligt reguleringen af borgernes betaling for adgangen til idrætsfaciliteterne betydning for risikoen for, at den kommunale aktivitet forvrider konkurrence.

Indenrigsministeriet afgav den 1. oktober 1996 udtalelse om Københavns Kommunes støtte til den selvejende institution Københavns Ungdomscentre (KUC-udtalelsen).<sup>9</sup> Udtalelsen indeholder nogle overvejelser om, hvilken betaling kommunen kan forlange fra borgerne for adgangen til idrætsfaciliteter stillet til rådighed af kommunen. Overvejelserne kan sammenfattes således:

Efter de kommunalretlige regler er udgangspunktet for den kommunale virksomhed, at den ikke må have som formål, at kommunen skal opnå en fortjeneste. Dette udgangspunkt forhindrer ikke, at kommunen kan opkræve en betaling fra brugerne, som sikrer, at kommunens samlede omkostninger dækkes, men kommunen er ikke forpligtet til at foretage opkrævning af denne størrelse. Efter denne opregning af de kommunalretlige regler tilføjer ministeriet: »... det må antages, at kommunen med henblik på at overholde konkurrencelovgivningen lovligt efter ovennævnte almindelige kommunal-

<sup>6</sup> Se Indenrigsministeriets brev af 25. februar 2002 (2. kommunkontor, j.nr. 2000/1115/300-1). Bemærk også, at det i dag er en lovfæstet opgave for kommunerne at etablere forebyggende og sundhedsfremmende tilbud til borgerne, jf. sundhedslovens § 119, stk. 2 (lbk. nr. 95/2008 med senere ændringer).

<sup>7</sup> Afgørelsens s. 14.

<sup>8</sup> Statsforvaltningen Midtjylland, j.nr. 2007-613/113.

<sup>9</sup> Indenrigsministeriet, 2. kommunkontor, j.nr. 1992/1124/101-3.

retlige grundsætninger kan fastsætte størrelsen af brugernes betaling ..., uanset om kommunen herved opnår et vist overskud ved driften ...«. <sup>10</sup>

I forhold til risikoen for konkurrenceforvridning er det anførte kommunalretlige udgangspunkt problematisk, fordi reglerne giver mulighed for, at kommunerne kan agere på markedet til priser, der ligger under de omkostninger, der er forbundet med at stille idrætstilbuddene til rådighed. Ydermere opstiller reglerne et forbud mod, at der kan kræves priser svarende til, hvad det på sigt må forventes at være nødvendigt for den private virksomhed at kræve, nemlig omkostningsdækning plus en fortjeneste der kan sikre virksomhedens fremtidige drift og en forrentning af de investerede resurser. <sup>11</sup> Set i det perspektiv er tilføjelsen om, at forbuddet mod fortjeneste kan fraviges, hvis det sker med henblik på at overholde konkurrencelovgivningen, fornuftig. Konsekvensen af tilføjelsen er imidlertid afhængig af den konkurrenceretlige regulering.

### 2.2.2 Konkurrenceretens regler

Når kommuner foranstalter aktiviteter inden for breddeidrætten, er der for den umiddelbare betragtning to aspekter af konkurrenceretten, der kan påkalde sig interesse, nemlig de nationale regler i form af konkurrenceloven og det fællesskabsretlige forbud mod statsstøtte, udtrykt i EF-Traktatens art. 87. Skal de fællesskabsretlige regler om statsstøtte anvendes, kræver det, at de kommunale aktiviteter påvirker samhandelen mellem unionens medlemsstater. Da dette næppe ofte vil være tilfældet, analyseres de fællesskabsretlige regler ikke i denne artikel. Reglernes potentielle relevans anfægtes ikke herved. <sup>12</sup>

Hvad angår den nationale konkurrenceret, påkalder bestemmelserne i konkurrencelovens §§ 2 og 11a sig interesse. <sup>13</sup>

I henhold til konkurrencelovens § 11a, stk. 1, kan Konkurrencerådet »udstede påbud om, at støtte, der er ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed, skal bringes til ophør eller skal tilbagebetales«. I henhold til bestemmelsens stk. 2 er det dog en betingelse

<sup>10</sup> Denne passage findes ikke i Indenrigs- og Sundhedsministeriets notat om kommunal støtte til vandrehjem (26. maj 2003, Stabsenheden, j.nr. 2003-2117/515-2). Om prisfastsættelse ved udleje af lokaler til »...mere ... private arrangementer ...« hedder det her: »Det er derfor en betingelse, at kommunen som minimum opkræver de omkostninger, der er forbundet med anvendelsen.«, jf. notatets s. 5.

<sup>11</sup> Se for en tilsvarende konkurrenceretligt baseret kritik af kommunernes mulighed for at stille idrætstilbud til rådighed for borgerne under markedspris, *Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed*, s. 128.

<sup>12</sup> For en omtale af fællesskabsrettens statsstøtteregele se *Pernille W. Jessen i Iversen m.fl.: Regulering af konkurrence i EU*, kap. IX.

<sup>13</sup> Lbk. nr. 1027/2007 med senere ændringer.

for udstedelse af påbud, 1) at støtten direkte eller indirekte har til formål eller til følge at forvride konkurrencen, og 2) at støtten ikke er lovlig i henhold til offentlig regulering. Betingelsens andet led betyder, at hvor den kommunale aktivitet vurderes at have hjemmel i kommunalfuldmagten, kan Konkurrencerådet ikke udstede påbud om, at aktiviteten skal bringes til ophør, heller ikke selv om den direkte eller indirekte har til formål eller til følge at forvride konkurrencen. Det skal i den forbindelse nævnes, at afgørelsen af, om en aktivitet ligger inden for kommunalfuldmagten, ikke træffes i det konkurrenceretlige system, men af de kommunale tilsynsmyndigheder, jf. § 11a, stk. 3. For at vurdere hvilken betydning det har for risikoen for konkurrenceforvridning, at lovlige kommunale aktiviteter er undtaget i § 11a, skal bestemmelsen sammenholdes med de ganske vide rammer for kommunale aktiviteter på idrætsområdet, rammer som i vid udstrækning er fastlagt gennem tilsynsmyndighedernes praksis, jf. omtalen i afsnit 2.1.

I relation til ministeriets tilføjelse i KUC-udtalelsen, om at forbuddet mod fortjeneste kan fraviges, hvis det sker med henblik på at overholde konkurrencelovgivningen, betyder foranstående, at kommunerne, for de aktiviteter der er hjemlet i kommunalfuldmagten, ikke kan blive tvunget til at fastsætte brugerbetalingen til markedspriser, og ydermere kan kommunerne heller ikke af egen drift fastsætte en sådan pris, da det vil være i strid med udgangspunktet om, at kommunal virksomhed ikke må have som formål, at kommunen skal opnå en fortjeneste.

Hvis Konkurrencerådet finder, at en offentlig regulering kan have skadelige virkninger for konkurrencen, kan rådet, med hjemmel i konkurrencelovens § 2, stk. 5, afgive en begrundet udtalelse om forholdet og i den forbindelse fremkomme med forslag til, hvordan konkurrencen på området kan fremmes. En sådan udtalelse fremsættes over for den relevante ressortminister, og ministeren skal besvare udtalelsen. Bestemmelsen rummer ingen garanti for, at Konkurrencerådets forslag til at afbøde konkurrenceforvridning følges.

Foranlediget af en henvendelse fra politimyndigheden i Esbjerg har Konkurrencestyrelsen i en sag om mulig konkurrenceforvridning i solcenterbranchen fremsat en udtalelse i medfør af konkurrencelovens § 2.<sup>14</sup> Udtalelsen er fremsat, fordi styrelsen i sagen – hvor den kommunale aktivitet blev fundet lovlig af tilsynsmyndigheden – fandt det tvivlsomt, om det kommunalt støttede solcenters indtægter kunne dække solcentrets fulde andel af de omkostninger, der var i forbindelse med driften af solcentret. Af udtalelsen fremgår, at det er styrelsens erfaring, at hvis konkurrenceforvridning skal undgås, så skal udgifterne til den pågældende aktivitet dækkes af de tilknyttede indtægter. Udgifter omfatter i den sammenhæng ikke alene de direkte

<sup>14</sup> Afgørelse af 28. august 2002, j.nr. 3:1120-0100-0339 (Varde Kommunes tilskud til solcenter).

driftsomkostninger, men også indirekte udgifter som eksempelvis udgifter til rengøring, afskrivning på maskiner og udstyr, markedsfølsig husleje, administration m.v. Netop de indirekte udgifter kan det ofte blive vanskeligt at opgøre, idet de kommunale idrætstilbud som regel udbydes i tilknytning til faciliteter, som kommunen alligevel råder over.<sup>15</sup>

### *2.2.3 Begrundelse for kommunernes aktivitet*

I den udstrækning landets kommuner gør brug af kommunalfuldmagtens hjemmel til at tilbyde deres borgere aktiviteter inden for breddeidræt, er konklusionen på baggrund af foranstående, at der opstår en nærliggende risiko for en forvriddning af konkurrencen på grund af de rammer, der er sat for den kommunale prisfastsættelse.

Begrundelsen for at lade det kommunalretlige regelsæt gå forud for det konkurrenceretlige må findes i en politisk afvejning af de hensyn, der ligger bag de to regelsæt. Således kan rangordningen af de to regelsæt ses sådan, at der i tilfælde af kommunale tilbud om idrætsaktiviteter sker en prioritering af hensynet til almenvellet – som i forbindelse med kommunalfuldmagten er udtrykt som almennytteskriteriet – frem for hensynet til den effektive samfundsmæssige resurseanvendelse, som tilgodeses gennem konkurrenceloven, jf. dennes § 1.

## **3. Kommunale idrætsfaciliteter**

Foruden selv at organisere og tilbyde idrætsaktiviteter kan landets kommuner også bidrage til borgernes idrætsudfoldelse ved at stille idrætsfaciliteter til rådighed, eksempelvis idrætshaller, svømmehaller og atletikstadioner. Denne mulighed foreligger, fordi kommunerne med hjemmel i kommunalfuldmagten kan opføre idrætsanlæg for egne midler. I disse rammer kan der udøves idræt under forskellige former, som kan inddeles i tre typer: 1) egenmotion, 2) almennyttige foreninger og 3) kommercielle virksomheder. Konkurrenceforvriddning kan blive aktuel i forbindelse med alle tre typer aktiviteter, men da der er forskelle i, hvilke problemstillinger der er centrale for hver af de tre typer, behandles de hver for sig i det følgende.

### **3.1 Egenmotion i kommunale faciliteter**

Begrebet egenmotion dækker her over, at borgerne selv tager initiativ til udøvelsen af idrætten og selv står for organiseringen herunder eventuel undervisning eller træning. Som eksempler kan nævnes borgeren, der løser billet

<sup>15</sup> Forfatteren anmodede med e-mail af 6. marts 2009 om aktindsigt i Konkurrencestyrelsens j.nr. 3:1120-0100-0339, særligt med henblik på at få adgang til Konkurrencerådets eventuelle henvendelse til ressortministeriet i anledning af afgørelsen i sagen, samt til ressortministeriets eventuelle svar på rådets henvendelse. Med afgørelse dateret 13. marts 2009 har styrelsen afslået denne anmodning.

til den kommunale svømmehal og derefter på egen hånd svømmer et antal baner, eller de to borgere der fra gaden går ind i kommunens squashanlæg og spiller en kamp, uden at det involverer andre end netop de to.

I forbindelse med denne form for idrætsudøvelse ligger risikoen for konkurrenceforvridning i, at de borgere, der får mulighed for at dyrke motion på egen hånd via de kommunale faciliteter, ikke henvender sig hos kommercielle udbydere af idrætsaktiviteter. Dette er særligt problematisk, hvis adgangen til de kommunale faciliteter sker til en pris, der må anses for at ligge kunstigt lavt i forhold til markedsprisen, eller alternativt en omkostningsbestemt pris i tilfælde, hvor der ikke findes en markedspris. Risikoen for forvridning af konkurrencen i forbindelse med borgernes egenmotion er derfor særligt knyttet til prisfastsættelsen af adgangen til de kommunale faciliteter. Det er med andre ord samme element, som er centralt, hvor kommunerne tilbyder idrætsaktiviteter, hvorfor der henvises til afsnit 2.2.

### 3.2 Almennyttige foreningers anvendelse af kommunale faciliteter

Borgernes mulighed for, gennem medlemskab af almennyttige foreninger, at dyrke idræt i kommunale faciliteter opstår, fordi idrætsforeninger kan få adgang til de kommunale idrætsfaciliteter. Foreningernes ret til at få stillet kommunale faciliteter til rådighed, følger af folkeoplysningslovens kap. 6,<sup>16</sup> og udgangspunktet er, at de kommunale faciliteter stilles vederlagsfrit til rådighed.<sup>17</sup> Pligten rækker dog kun til at stille ledige, eksisterende faciliteter til rådighed, det vil sige, at kommunerne ikke i medfør af folkeoplysningsloven er forpligtede til at tilvejebringe idrætsfaciliteter.

Om foreningers adgang til kommunale faciliteter er det endvidere almindeligt antaget i litteraturen og i tilsynsmyndighedernes praksis, at kommunerne, med hjemmel i kommunalfuldmagten, kan stille faciliteter til rådighed for borgerne. Det er i så fald en betingelse, at der ikke herved støttes aktiviteter, der har til formål at opnå fortjeneste.<sup>18</sup>

Risikoen for, at der sker forvridning af konkurrencen som følge af de almennyttige idrætsforeningers aktiviteter, er knyttet til to situationer: 1) at den almennyttige forenings aktiviteter fjerner grundlaget for kommercielt

<sup>16</sup> Lbk. nr. 535/2004 med senere ændringer.

<sup>17</sup> Folkeoplysningslovens § 22, stk. 1, med modifikationen i § 22, stk. 4. Pligten til at anvise faciliteter omfatter også ledige regionale og statsejede faciliteter, jf. § 21, stk. 1.

<sup>18</sup> Se Erik Harder: Dansk Kommunalforvaltning II. Opgaver, s. 102ff, Morten Engberg i Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, s. 715 og Garde og Revsbech: Kommunalret, s. 33f. Fra praksis kan henvises til Indenrigsministeriets brev af 1. oktober 1996 (2. kommunkontor, j.nr. 1992/1124/101-3), Indenrigs- og Sundhedsministeriets udtalelse nr. 9598 af 25. februar 2002 og Statsforvaltningen Hovedstadens udtalelse af 21. april 2008 i j.nr. 2008-613/343. Da betingelserne for at opnå adgang til faciliteterne i det meste er enslydende, behandles i det følgende kun forhold knyttet til folkeoplysningsloven.

udbud af idrætsaktiviteter, og 2) at en forening, der vederlagsfrit får faciliteter stillet til rådighed, i virkeligheden er en kommerciel virksomhed.

### *3.2.1 Foreningsaktiviteter fjerner grundlaget for kommerciel virksomhed*

Hvor idrætsudøvelsen sker i en almennyttig forening, er kernen i en eventuel konkurrenceforvriddning den samme, som hvor forvriddningen skyldes et kommunalt tilbud om idrætsaktivitet, nemlig at nogen udbydere (de almennyttige foreninger), på grund af den vederlagsfrie adgang til faciliteter, potentielt kan tilbyde idrætsaktiviteter til en pris, der ligger under, hvad kommercielle udbydere kan tilbyde. Det kommunale bidrag til forvriddningen er imidlertid kun passivt, idet der som udgangspunkt ikke gives kommunerne mulighed for at undlade at stille faciliteter til rådighed, jf. folkeoplysningslovens kap. 6. Årsagen til den potentielle konkurrenceforvriddning skal derfor ikke findes i kommunalfuldmagtens regler, men folkeoplysningsloven. Som det er tilfældet i forbindelse med konkurrenceforvriddning som følge af kommunale tilbud om idrætsaktiviteter, er løsningen også i forbindelse med de almennyttige foreningers adgang til idrætsfaciliteter, at der anlægges en anden prioritering mellem de hensyn, der forfølges med henholdsvis folkeoplysningsloven og konkurrenceloven.

### *3.2.2 Forening er ikke almennyttig*

Med det fokus, der er anlagt i artiklen, er der grund til indledningsvis at nævne, at også for den problemstilling, der behandles i dette afsnit, er grundlaget, at det kommunale engagement ikke er frivilligt, men styret af bestemmelserne i folkeoplysningsloven. Der er derfor ikke tale om, at kommuners selvvalgte, aktive involvering i breddeidrætten potentielt resulterer i forvriddning af konkurrencen.

Det er en betingelse, for at en idrætsforening kan påberåbe sig folkeoplysningsloven som grundlag for adgang til kommunale idrætsfaciliteter, at foreningen er tilskudsberettiget efter bestemmelserne i lovens §§ 3-5. I bestemmelserne opstilles en række krav til foreningen, bl.a. i relation til vedtægter og formel organisation. Med artiklens fokus på konkurrenceforvriddning er det af særlig interesse, at det af bestemmelserne endvidere fremgår, at foreningen skal have en virksomhed, der er almennyttig, jf. § 4, stk. 3, nr. 8, og endvidere, at foreningen ikke må oprettes eller drives i kommercielt øjemed, jf. § 5, stk. 3.

I bemærkningerne til det lovforslag, der ligger til grund for folkeoplysningsloven,<sup>19</sup> kan man læse, at kravet om almennyttig virksomhed betyder, at »foreningens formål skal have en værdi, som kommer fællesskabet til gode, uden at der er involveret kommercielle interesser heri«. Dette suppleres

<sup>19</sup> Lovforslag nr. 189/1999, fremsat 2. februar 2000.

af bemærkningerne til § 5, stk. 3, hvoraf det fremgår, at det ikke er aktiviteten, men spørgsmålet om kommerciel virksomhedsdrift, der er afgørende.

Mens det efter lovens bestemmelser og dens forarbejder er klart, at retten til vederlagsfri adgang til kommunale idrætsfaciliteter er forbeholdt ikke-kommercielle foreninger, er det mindre klart, hvor langt forbuddet mod kommerciel aktivitet skal strækkes. Lægges forarbejderne til grund, er der ikke tale om et totalt forbud mod kommercielle aktiviteter i anvisningsberettigede foreninger. Således kan tilskudsberettigede foreninger godt have indtægtsdækket (kommerciel) virksomhed sideløbende med de almennyttige aktiviteter, men støtte i medfør af folkeoplysningslovens skal i så fald holdes adskilt fra de kommercielle aktiviteter.<sup>20</sup> Afgørelsen, af om der er tale om en almennyttig aktivitet, må baseres på en konkret helhedsvurdering, i hvilken reel adskillelse af almene og eventuelle kommercielle aktiviteter indgår, ligesom der må lægges vægt på anvendelse af et eventuelt overskud i foreningen såvel løbende som i tilfælde af foreningens ophør.

Hvis en forening viser sig at drive kommercielle aktiviteter, udover hvad der er muligt inden for rammerne af folkeoplysningsloven, er den ikke berettiget til at få anvist vederlagsfrie lokaler, og konkurrenceforvridning ophører således med konstateringen af foreningens manglende opfyldelse af kravene i folkeoplysningslovens § 5. Hvad angår opgør med det uberettigede brug af kommunale faciliteter, der allerede har været, indeholder folkeoplysningsloven ikke bestemmelser om (efter-)betaling for brug af lokaler, der er stillet til rådighed for foreninger, der ikke er anvisningsberettigede. Loven har derimod en bestemmelse (§ 30) om tilbagebetaling af uberettiget støtte. Alligevel må det kunne komme på tale, at en forening der, uden at være berettiget til det, har kunnet bruge kommunale faciliteter vederlagsfrit, eller mod betaling af et mindre gebyr, jf. folkeoplysningslovens § 22, stk. 4, mødes med et krav om betaling for anvendelsen. Dette gælder, hvor foreningen burde have fremlagt oplysninger, som ved den kommunale sagsbehandling havde ført til afslag på tildeling af faciliteter, og kan begrundes i retssystemets almindelige reservationer mod ubegrundet berigelse.

### **3.3 Kommercielle virksomheder i kommunale faciliteter**

Landets kommuner må efter den almindelige antagelse ikke drive handel, håndværk, industri eller finansiel virksomhed, hvilket også omfatter udlejning af lokaler til ikke-kommunale formål.<sup>21</sup> Det er dog accepteret, at kommunerne i et vist omfang kan udleje ledige lokaler, til formål der ikke er

<sup>20</sup> Se bemærkningerne til lovforslagets § 5, stk. 3.

<sup>21</sup> *Heide-Jørgensen*: Den kommunale interesse, s. 135ff, *Garde og Revsbech*: Kommunalret, s. 51ff og *Frederik Gammelgaard*: Kommunal erhvervsvirksomhed, s. 12ff. For henvisninger til praksis om emnet se sidstnævnte, s. 12, n17.

kommunale.<sup>22</sup> Denne adgang til at udleje overskudskapacitet kan formodentlig anvendes sådan, at kommuner kan udleje idrætsfaciliteter til virksomheder, der ønsker at tilbyde idrætsaktiviteter på kommercielt grundlag, eksempelvis svømmeundervisning, vandaerobic og andre aktiviteter knyttet til svømmebassiner.

Muligheden for at udleje de kommunale faciliteter er dog begrænset på forskellig måde. Således må der ikke foretages kommunal udlejning, hvis opgaven i forvejen varetages på rimelig måde af private. Dette kan måske begrænse adgangen til at udleje visse kommunale faciliteter, nemlig sådanne som er relativt almindelige eller bredt anvendelige. For sådanne faciliteter kan der tænkes potentielt at være mulighed for kommerciel drift. Anderledes for andre typer af idrætsfaciliteter, som eksempelvis svømmehaller eller squashbaner. Her er anlægskostningerne ofte høje og anvendelsesmulighederne smalle, hvilket nok gør det mindre sandsynligt, at der vil være private virksomheder, der ser en mulighed i at drive udlejning som en kommerciel aktivitet. Et kig rundt i landet viser dog, at private aktører ikke kan udelukkes som udbydere af den slags faciliteter, og vurderingen, af om opgaven varetages på rimelig måde af private, må foretages konkret.

Vedrørende kommunal udlejning gælder også, at grundlaget for dette ikke må være en bevidst opbygget overkapacitet af kommunale idrætsfaciliteter. Der skal være tale om faciliteter, der primært tjener til opfyldelse af en kommunal opgave, og hvor det kun er, fordi faciliteten ikke fuldt ud kan udnyttes til dette, at der bliver mulighed for at stille den til rådighed for (udleje til) virksomheder.

Endelig skal det i relation til spørgsmålet om konkurrenceforvridning fremhæves, at det almindelige forbud mod kommunal støtte til enkeltvirksomheder også gælder ved udleje af kommunale idrætsfaciliteter. Af dette følger, at hvis der sker udleje, skal lejer betale, hvad der svarer til markedsleje. I den udstrækning det kan lade sig gøre at fastsætte lejen til markedsniveauet, vil det fjerne risikoen for, at de virksomheder, der kan leje af kommunen, indirekte støttes af denne og dermed alt andet lige stilles bedre i konkurrencen end de virksomheder, der må skaffe adgang til faciliteter ad anden vej. Umiddelbart fremstår det herefter ligetil at eliminere konkurrenceforvridning som følge af kommunal udlejning af idrætsfaciliteter. Desværre er dette ikke tilfældet, hvilket skyldes, at det langt fra altid er åbent, hvilken leje der skal betales. Således er der ikke altid et marked for de pågældende faciliteter, fordi der er et meget begrænset antal udbydere eller

<sup>22</sup> *Frederik Gammelgaard*: Kommunal erhvervsvirksomhed, s. 73f og *Revsbech*: Kommunernes opgaver, s. 156ff. Fra praksis kan henvises til Indenrigsministeriets udtalelser af 23. juni 1999 (2. kommunekontor, j.nr. 1997/11124/159-1) og 23. december 1999 (2. kommunekontor, j.nr. 1997/1115/055-1) samt Indenrigs- og Sundhedsministeriets notat af 26. maj 2003 (Stabsenheden, j.nr. 2003-2117/515-2) om kommunal støtte til vandrehjem, s. 7f.



lejere. Vælger man i stedet at fastsætte en fiktiv markedspris, eksempelvis som en omkostningsfikseret pris, kan det være vanskeligt at udregne, hvilke omkostninger der skal tages med.<sup>23</sup>

Trods sidstnævnte reservationer er de nævnte begrænsninger i relation til den kommunale udlejningsvirksomhed alle med til at forebygge, at der sker en forvridding af konkurrencen som følge af dette specielle kommunale engagement i breddeidrætten.

#### **4. Kommunal, økonomisk støtte til breddeidræt**

I dette afsnit behandles de tilfælde, hvor en kommune yder økonomisk støtte til breddeidræt gennem direkte betaling til den forening eller virksomhed, der står som udbyder af den konkrete idrætsaktivitet. Sådant støtte kan i udgangspunktet tænkes ydet til almennyttige foreninger og til erhvervsvirksomheder. Ydes støtten til en forening, kan det fjerne grundlaget for breddeidræt på kommerciel basis. Støtter kommunen en erhvervsvirksomhed, kan dette forvride konkurrencen ved at stille støttemodtageren bedre på markedet, end virksomheder der ikke modtager støtte.

##### **4.1 Støtte til almennyttig forening**

En kommune kan yde støtte til almennyttige idrætsforeninger efter to regelsæt – folkeoplysningsloven og kommunalfuldmagten. Der knytter sig forskellige problemstillinger til de to regelsæt, hvorfor de behandles separat i det følgende.

###### *4.1.1 Støtte efter folkeoplysningsloven*

Skal en idrætsforening være tilskudsberettiget efter folkeoplysningsloven, skal den opfylde betingelserne i lovens §§ 3-5. Som nævnt i afsnit 3.2.2. indebærer dette blandt andet, at foreningen skal have en virksomhed, der er almennyttig, jf. lovens § 4, stk. 3, nr. 8, og endvidere at foreningen ikke må oprettes eller drives i kommercielt øjemed, jf. § 5, stk. 3.

Opfyldes støttebetingelserne, er det fra politisk side besluttet, at der kan ydes økonomisk støtte til foreningen. Som det er tilfældet, hvor folkeoplysningsloven anvendes som hjemmel for støtte gennem lokaletildeling, er den potentielle konkurrenceforvridding, også ved den direkte økonomiske støtte, således et resultat af en politisk prioritering, hvor ønsket om at styrke et aktivt foreningsliv vægtes tungere end behovet for lige konkurrence på området.

<sup>23</sup> Til inspiration og uddybning af de problemer, der er forbundet med beregning af markedslejen på en idrætsfacilitet, kan henvises til Konkurrencestyrelsens publikation Kommunal udlejning af idrætsanlæg, dateret 18. august 2003.

Fra administrativ side er det konkurrencemæssige problem adresseret i to bestemmelser i folkeoplysningsbekendtgørelsen, jf. dennes §§ 2 og 3.<sup>24</sup>

I bekendtgørelsens § 2, stk. 3 er det således indskærpet, at hvor der kan være mulige konkurrenceforvridende følgevirkninger for private kommercielle virksomheder, skal folkeoplysningsudvalget (eller kommunalbestyrelsen) være særligt opmærksom på lovens krav til formål og foreningsdannelse, når den støtteberettigende virksomhed vurderes. Bestemmelsen kan ikke ses som en stramning, der begrænser risikoen for konkurrenceforvridning mere, end hvad der er en følge af lovens krav om almennyttig aktivitet og forbud mod drift i kommercielt øjemed.

Af bekendtgørelsens § 3, stk. 2, fremgår, at der ikke skal ydes tilskud til »folkeoplysende voksenundervisning inden for spil, idræt og sports- og konkurrencepræget virksomhed, herunder dans bortset fra folkedans, ...«. Dette gælder efter bestemmelsen både teoretisk undervisning inden for områderne og udøvelse i praksis. Med denne bestemmelse er risikoen for konkurrenceforvridning i relation til breddeidræt umiddelbart fjernet, men der er dog to modifikationer til dette umiddelbare indtryk.

Den første modifikation følger af bekendtgørelsens § 3, stk. 3, i henhold til hvilken kommunalbestyrelsen kan fastsætte generelle overordnede retningslinjer for, hvad der skal forstås ved begreberne spil, idræt og sports- og konkurrencepræget virksomhed. Der er med andre ord mulighed for lokal varians i administrationen af bekendtgørelsens konkurrenceregulering. Denne varians styrkes af, at bekendtgørelsens § 3, stk. 2, også hjemler, at kommunalbestyrelsen kan fravige udgangspunktet i § 3, stk. 2.

Den anden modifikation til den konkurrencefremmende virkning af bekendtgørelsens § 3, stk. 2, er, at den kun vedrører støtte udbetalt med hjemmel i folkeoplysningslovens kapitel 4 om folkeoplysende voksenundervisning. Restriktionen vedrørende støtte til idrætsaktiviteter er ikke gentaget i relation til støttebestemmelserne i lovens kapitel 5, hvorfor der kan ydes kommunal støtte til idrætsforeninger, der tilbyder aktiviteter til personer under 25 år.<sup>25</sup>

#### *4.1.2 Støtte efter kommunalfuldmagten*

At kommuner kan yde støtte til almennyttige foreninger efter folkeoplysningsloven udelukker ikke, at der også kan ydes støtte efter kommunalfuldmagten.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Bkg. nr. 1700/2006.

<sup>25</sup> I relation til konkurrenceforvridning som følge af almennyttige foreningers adgang til kommunale idrætsfaciliteter, jf. afsnit 3.2., kan det nævnes, at folkeoplysningsbekendtgørelsen heller ikke indeholder en restriktion som den, der gælder efter § 3, stk. 2.

<sup>26</sup> Se hertil *Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver*, s. 241.

Støtte efter kommunalfuldmagten kan ydes til foreningernes drift, hvilket kan være støtte til administrationsudgifter som eksempelvis kontorhold og telefon.<sup>27</sup>

Støtte efter kommunalfuldmagten kan også gives til aktiviteterne i foreningerne. Begrundelsen for at give kommunerne mulighed for at støtte foreningerne er, at der gennem foreningernes aktiviteter varetages en kommunal opgave, hvorfor kommunerne i stedet for at anvende penge på selv at varetage opgaven gennem støtte kan bidrage til, at andre (foreningerne) gør det. Denne begrundelse sætter rammene for støtten, idet kommunerne er bundet af samme regler, som ville være gældende, hvis de selv varetog opgaverne.<sup>28</sup>

Med det nævnte udgangspunkt kan der kun ydes støtte til aktiviteter, som kommunerne i stedet selv kunne varetage direkte. Dette rejser spørgsmålet, hvilke muligheder der er for kommunal støtte til foreninger, der både har aktiviteter, der kan kategoriseres som kommunale opgaver, og aktiviteter der falder uden for, hvad kommuner selv kan beskæftige sig med. I henhold til praksis<sup>29</sup> kan kommunerne også yde støtte til foreninger med sådanne blandede aktiviteter, men støtten skal øremærkes, således at det kan sikres, at den kun anvendes til aktiviteter, som kommunen alternativt selv kunne varetage. I tilsynspraksis foreslås en sådan øremærkning foretaget ved eksempelvis at foretage en organisatorisk og regnskabsmæssig adskillelse af de to typer aktiviteter, det sidste på en måde så det bliver muligt at følge pengestrømmene, samt at der føres et kommunalt tilsyn med regnskaberne.<sup>30</sup>

I et konkurrencemæssigt perspektiv må man spørge, om ikke denne øremærkning er uden betydning. Der er uanset øremærkningen stadig tale om, at en aktør på et potentielt marked modtager midler, hvilket alt andet lige stiller denne aktør bedre, end hvis der ikke var ydet støtte. Selv om støtten ikke direkte må anvendes til en ikke-kommunal opgave, frigør den midler i foreningen fra de støttede aktiviteter. Disse frigjorte midler, som ikke hidrø-

<sup>27</sup> Se Indenrigsministeriets udtalelse af 5. januar 1995 (2. kommunekontor, j.nr. 1994/1115-23).

<sup>28</sup> *Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver*, s. 243.

<sup>29</sup> Se eksempelvis Indenrigsministeriets udtalelser af 8. marts 1996 (2. kommunekontor, j.nr. 1994/1130/101-6) og 22. december 2000 (2. kommunekontor, j.nr. 1999/1117/500-1) samt notat af 26. maj 2003 om kommunal støtte til vandrerhjem (Stabsenheden, j.nr. 2003-2117/515-2). Se også Statsamtet Århus' afgørelser af 25. august 2005 (j.nr. 2005-614/84) og af 28. september 2005 (j.nr. 2005-613/657).

<sup>30</sup> Se afgørelse fra Statsamtet Århus af 25. august 2005 (j.nr. 2005-614/84) til illustration af krav til den regnskabsmæssige håndtering af blandede aktiviteter. Se endvidere også Indenrigs- og Sundhedsministeriets notat af 26. maj 2003 om kommunal støtte til vandrerhjem (Stabsenheden, j.nr. 2003-2117/515-2).

rer fra kommunal støtte, kan anvendes i forbindelse med ikke-kommunale aktiviteter.

#### **4.2 Støtte til kommerciel virksomhed**

Kommercielle virksomheder kan ikke modtage støtte med hjemmel i folkeoplysningsloven, da det er en forudsætning for dette, at støttemodtager ikke driver virksomhed i kommercielt øjemed, jf. folkeoplysningslovens § 5, stk. 3.

Skal kommercielle udbydere af breddeidræt modtage kommunal støtte, må dette ske med hjemmel i kommunalfuldmagten. Hovedreglen er her, at kommuner ikke uden lovhjemmel kan yde økonomisk støtte til enkeltvirksomheder. Denne hovedregel modificeres således, at kommuner, under visse betingelser, kan yde støtte til kommercielle virksomheder, der varetager en kommunal interesse.<sup>31</sup> De muligheder, denne modifikation giver for kommunal støtte til kommercielle udbydere af idrætsfaciliteter, må anses for ganske begrænsede.

### **5. Afsluttende bemærkninger**

Landets kommuner kan bidrage til breddeidrætten på flere forskellige måder og med hjemmel forskellige steder. For en overordnet betragtning opstår der herved en risiko for, at der sker en forvridding af konkurrencen på markeder for bredde- eller motionsidræt. De konkurrenceretlige regler udgør kun i begrænset omfang et værn mod denne risiko for konkurrenceforvridding, fordi reglerne viger for kommunalfuldmagtens og speciallovgivningens regulering af de kommunale aktiviteter.

Risikoen for konkurrenceforvridding er således primært et resultat af politisk prioritering af de forskellige hensyn, der ligger bag på den ene side reguleringen af de kommunale aktiviteter og på den anden side reguleringen af markedet med henblik på at sikre fri konkurrence, og risikoen forstærkes antageligt af den relative frie styring, der er i forhold til, hvilke aktiviteter kommunerne kan engagere sig i inden for området.

<sup>31</sup> *Erik Harder: Dansk kommunalforvaltning II. Opgaver, s. 62ff, Frederik Gammelgaard: Kommunal erhvervsvirksomhed, s. 131ff og Karsten Revsbech: Kommunernes opgaver, s. 178ff.*

## Litteratur

- Gammelgaard, Frederik: Kommunal erhvervsvirksomhed, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004.
- Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002.
- Garde, Jens og Karsten Revsbech: Kommunalret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2005.
- Harder, Erik: Dansk kommunalforvaltning II. Opgaver, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1987.
- Heide-Jørgensen, Mogens: Den kommunale interesse, 1. udg., G.E.C. Gads Forlag, København 1993.
- Iversen, Bent m.fl.: Regulering af konkurrence i EU, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2008.
- Revsbech, Karsten: Kommunernes opgaver – kommunalfuldmagten m.v., 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2005.
- Rønsholdt, Steen: Kommunalret i grundtræk, 1. udg., Forlaget Thomson, København 2008.

# Domspraksis om støtteerklæringer

af

*Hans Viggo Godsk Pedersen*

## 1. Indledende bemærkninger

Højesteret har den 26. marts 2009 afsagt dom i en sag, der omhandler en støtteerklæring (sag 65/2007). Da der kun er ganske få trykte afgørelser på området, giver det anledning til at undersøge, i hvilket omfang afgørelsen sammenholdt med de øvrige afgørelser bidrager til en generel afklaring af retsstillingen. Som baggrund for analysen skal nogle forhold om anvendelse af støtteerklæringer kort opridses.

## 2. Generelt om støtteerklæringer

Et selskab, der ikke i sig selv kan yde tilstrækkelig sikkerhed for et mellemværende, vil ofte få suppleret den sikkerhed, det er i stand til at yde, med sikkerhed stillet af et moderselskab eller af en aktionær/anpartshaver, der har en afgørende eller i det mindste væsentlig indflydelse i selskabet. Vil personerne (fysiske eller juridiske) bag selskabet ikke stille sikkerhed, medens kreditor ønsker sikkerhed for at yde kredit, kan der som udgangspunkt ikke komme en aftale i stand.

Som et kompromis afgiver personerne bag selskabet en erklæring til kreditor, hvori der afgives en udtalelse om egen handlemåde i forhold til selskabet, støtteerklæringen, og kreditor yder kreditten på dette grundlag. Erklæringen kan være mere eller mindre konkret. På den ene side kan nævnes en erklæring af indholdet, »Det er vor politik at stå bag vore datterselskaber,« »Det er vor politik, at vi ikke lukker datterselskaber med tab for kreditorerne til følge.« På den anden side kan nævnes erklæringer af typen, »Vi vil sikre, om fornødent ved kontantindsud, at selskabet vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem til forfaldstid.«

Erklæringen vil typisk være en erklæring, der er rettet til den pågældende kreditor. Der er imidlertid intet i vejen for, at det kan være en erklæring, der er rettet til en mere ubestemt kreds af kreditorer, fx fremgik erklæringen i den ovennævnte dom af 26. marts 2009 i sagen 65/2007 som en erklæring, der fremgik af selskabets regnskab, om, at personerne bag selskabet ville stille midler til rådighed for det. Derved virker erklæringen umiddelbart som rettet til alle kreditorer.

## 2.1 Skitse af støtteerklæringers behandling i litteraturen

Støtteerklæringer har påkaldt sig nogen opmærksomhed i litteraturen.<sup>1</sup> Dette skyldes formentlig, at man har været ret usikre på den retlige vurdering af fænomenet.

I litteraturen har der været en tendens til at opdele støtteerklæringer i et antal grupper. Som den ene yderlighed kan nævnes erklæringer, der ikke på nogen måde kan siges at indeholde en juridisk forpligtelse, fx »Vi står bag vort datterselskab.« Umiddelbart kan det synes at savne fornuft, at kreditor ikke vil yde et lån uden en eller anden form for »opbakning« fra moderselskabet og så alligevel yde kreditten uden nogen reel sikkerhed. Når sådanne erklæringer alligevel forekommer, kan det være udtryk for, at kreditor anser erklæringen for at indeholde en moralsk eller kommerciel forpligtelse og derfor håber på, at afgiveren af erklæringen vil følge op på den og rent faktisk sørge for, at kreditor ikke kommer til at lide tab på engagementet.

Det andet yderpunkt er erklæringer, der indeholder et løfte om i fornødent omfang at tilføre likvide midler til og udøve sin indflydelse i selskabet, således at selskabet er i stand til og rent faktisk vil fyldestgøre kreditors krav til forfaldstid. En erklæring af denne type, der ikke alene lover en vis handlemåde, men også tilsiger et bestemt resultat, er blevet betegnet som »hårde« eller »stærke«, og de har en betydelig lighed med kaution. Dog er der umiddelbart den forskel, at kautionisten ved kaution formelt har påtaget sig en hæftelse for kreditors mellemværende med selskabet, medens støtteerklæringen lover en handlemåde i relation til datterselskabet, således at kreditors krav mod afgive-

<sup>1</sup> Hovedværket i skandinavisk litteratur er den norske disputats af *Erik Røsæg*: *Garantier eller fattigmanns trøst? Støtteerklæringer i selskabsforhold av typen »comfort letters«* (1992). I Danmark er hovedværket *Torsten Iversen*: *Støtteerklæringer* (1994). Støtteerklæringer indgår tillige i dogmatiske fremstillinger om kreditretlige emner, fx *Lynge Andersen & Werlauff*: *Kreditretten* (4. udgave 2005, s. 420 ff) og *Godsk Pedersen*: *Kaution* (8. udgave 2008, kapitel 6). Hertil kommer en lang række artikler, fx *E. Lego Andersen*: *Revision & Regnskabsvæsen* 1992, hæfte 4 s. 8, *Rimond Jørgensen*: *Fagskrift for Bankvæsen* 1978, hæfte 4 s. 170, *Rohde* i *Festskrift til Jan Hellner* (Stockholm 1984) s. 495 og *Christian Harboe Wissum*: U 1986B.340 samt *Peter Bloks* kommentar til U 1994.470 H i U 1994B.436.

ren af støtteerklæringen vil være et erstatningskrav på det grundlag, at erklæringsafgiveren har misligholdt sin forpligtelse. Formelt er kravet derfor ikke umiddelbart et krav om indfrielse af en misligholdt kautionssikret fordring, hvor der er solidarisk hæftelse. Kravet er formelt et erstatningskrav på det beløb, som misligholdelse af løftet har medført.

Mellem disse ydergrupper har der været opstillet en eller flere grupper – i dansk litteratur typisk en mellemgruppe.<sup>2</sup> I denne gruppe har man lagt vægt på forskellige momenter, men dog ikke haft nogen afgørende elementer at lægge vægt på. Grupperingen har så vidt ses i dansk ret kun den funktion at påpege, at nogle erklæringer efter indholdet klart ligger uden for det retligt forpligtende, medens en anden – og meget begrænset – gruppe indeholder en retlig forpligtelse for afgiveren. Det er i denne sammenhæng mellemgruppen, der indeholder de afgørelser, der er vanskelige at vurdere. Det vil derfor være en række momenter, der kan indgå i vurderingen af, om der er afgivet en erklæring, der i situationen kan danne grundlag for et erstatningskrav mod afgiveren.

## **2.2 Elementer der indgår i vurderingen af støtteerklæringer**

Når en støtteerklæring betragtes ud fra en almindelig kontraktretlig synsvinkel, er det naturligt at begynde med at vurdere, om der er afgivet et løfte. Indeholder en afgivet erklæring ikke et løfte, vil den ikke på grundlag af sit indhold ud fra en kontraktretlig synsvinkel kunne medføre erstatningsansvar for afgiveren.<sup>3</sup>

Er der afgivet et løfte, og misligholder afgiveren sit løfte, vil der kunne blive tale om erstatningsansvar. Erstatningsansvaret vil imidlertid ikke være ethvert tab, løftemodtageren har lidt. Erstatningsansvaret vil kun kunne omfatte det tab, som misligholdelse af det afgivne løfte har medført. Er der fx afgivet et løfte om, at man ikke vil afhænde sine aktier i et datterselskab, forinden datterselskabet har indfriet sin gæld til kreditor, og afhændes aktierne i strid med løftet, er løftet selvsagt misligholdt. Går datterselskabet derefter konkurs, og lider kreditor tab som følge deraf, kan dette tab ikke umiddelbart kræves erstattet af løftegiveren. Det forhold, at aktierne blev afhændet, er nemlig ikke i sig selv årsag til, at kreditor har lidt tab. Rent faktisk ville kreditor jo også kunne have lidt tab, selv om aktierne ikke var afhændet, men dat-

<sup>2</sup> For tysk ret opstiller *Manfred Obermüller*: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1/1975 »Die Patronatserklärung« syv grupper.

<sup>3</sup> Det forudsættes her, at der ikke er tale om en urigtig, vildledende erklæring, sådan er der er tale om svig eller lignende forhold.



terselskabet blot gået konkurs, medens man fortsat ejede det.<sup>4</sup> Det er således ikke kun et spørgsmål, om der er afgivet et løfte, der er misligholdt. Det er til lige et spørgsmål, om det er misligholdelsen af løftet, der har medført et tab.

Vurderingen af støtteerklæringer indeholder således en række aspekter. Først og fremmest om der er afgivet et løfte, eller om der blot er udtrykt et eller andet om et forhold, der hidtil har været eller er forløbet på en bestemt måde. Er der afgivet et løfte, er det et spørgsmål, om dette løfte er misligholdt. Er løftet misligholdt, er det et spørgsmål, om denne misligholdelse har resulteret i et tab for løftemodtageren, eller om et eventuelt tab helt eller delvist er opstået uafhængigt af misligholdelsen af løftet. Erstatningsansvaret opstår, når der er afgivet et løfte, dette løfte er misligholdt, og denne misligholdelse er årsag til kreditors tab. Sikrest grundlag for et krav er der, hvis løftegiveren har lovet det bestemte resultat, at datterselskabet kan og vil opfylde til forfaldstid. Ved nedenstående gennemgang vil dommene blive systematiseret efter denne skabelon. Nogle af dommene indeholder flere aspekter, hvorfor de vil blive medtaget, hvor de i særlig grad belyser emnet.

### 3. Domme med relation til afgivelse af et løfte

Problemet med hensyn til vurderingen af, om der er afgivet et retligt forpligtende løfte, indeholder to principielt forskellige aspekter, selv om de godt kan optræde i sammenhæng. Det ene aspekt er, om der er anvendt en formulering, der fremtræder som et løfte, det andet er, om et løfte også rent faktisk er afgivet.

Den formentlig mest kendte afgørelse om støtteerklæringer er en engelsk sag, der ganske vist ikke har direkte betydning for dansk ret, men som også har været omtalt i danske tidsskrifter. Afgørelsen er *Kleinwort Benson Ltd v. Malaysian Mining Corporation*.

Afgørelsen *Kleinwort Benson Ltd v. Malaysian Mining Corporation* angik et tilfælde, hvor et selskab, der ejede en betydelig del af kapitalen i et andet selskab (MMC Metals) havde afgivet en støtteerklæring, hvoraf følgende fremgik:

»We hereby confirm that we know and approve of these facilities and are aware ... they have been granted ... because we control ... MMC Metals.

We confirm that we will not reduce our current financial interest in MMC Metals until the above facilities have been repaid.

It is our policy to ensure that the business of MMC Metals is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangements.«

<sup>4</sup> I praksis vil et moderselskab, der afhænder et datterselskab, typisk sikre sig, at køberen påtager sig at få frigjort sælgeren i forhold til kreditor, således at handlen først er gennemført, når det er sket.

MMC Metals gik senere konkurs, og den kreditor, der havde modtaget erklæringen, led tab i den sammenhæng. På baggrund af erklæringen forsøgte man derefter at få tabet dækket på grundlag af den afgivne erklæring. House of Lords nåede det resultat, at der ikke var afgivet en erklæring, der retligt forpligtede afgiveren til at dække kreditors tab.

I dansk sprogbrug ville formuleringen af erklæringens sidste led – at det er vor politik – heller ikke i sig selv kunne antages at indebære et løfte. En politik kan normalt ændres, uden at udenforstående kan forhindre det. Efter dansk ret ville en sådan erklæring således heller ikke normalt kunne medføre en retlig forpligtelse. Erklæringens led om bevarelse af ejerforholdet (We confirm that we will not reduce our current financial interest) havde mere karakter af et løfte, men denne del var så vidt ses blevet efterlevet.

Den omstridte erklæring i sagen U 1989.618, der er en afgørelse fra Vestre Landsret, minder i det mindste i formuleringen om et løfte. Sagens nærmere omstændigheder var følgende:

I U 1989.618 V forlangte et leasingselskab, at direktøren og bestyrelsesmedlemmerne i et aktieselskab, hvori bestyrelsesmedlemmerne var aktionærer, skulle kautionere for aktieselskabets forpligtelser. Det nægtede man og indledte forhandlinger til anden side, men også derfra blev der krævet kaution. Man vendte derfor tilbage og forhandlede med det oprindelige leasingselskab. Man afviste imidlertid fortsat kaution. I stedet aftaltes det, at der skulle underskrives en »Hensigtserklæring.« I denne erklæring, der blev underskrevet den 29. marts 1985 fremgik bl.a.:

»Undertegnede: ... ønsker herved at meddele Dansk Leasing A/S, at Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S er et selskab, hvori vi ejer en større del af aktiekapitalen. Vi er vidende om, at Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S pr. ... har indgået leasingkontrakt nr. 2825 med Dansk Leasing A/S på følgende betingelser: ... Så længe ovennævnte leasingkontrakt er i kraft, vil vi drage omsorg for at Kjellerup Dyrefoderfabrik A/S har tilstrækkelig med likvide midler til at kunne opfylde sine forpligtelser over for Dansk Leasing A/S.«

Aktieselskabet trådte i betalingsstandsning i efteråret 1985 og blev senere erklæret konkurs. Leasingselskabet krævede, at bestyrelsesmedlemmerne dækkede det tab, som konkursen medførte, hvilket de imidlertid nægtede. Vestre Landsret anførte, at det var ubestridt, at der under forhandlingerne klart blev givet udtryk for, at de pågældende ikke ville påtage sig kaution for selskabets forpligtelser, og at det derefter blev aftalt, at den pågældende »hensigtserklæring« skulle underskrives, uden at det blev drøftet, hvilke retsvirkninger der måtte være knyttet til en sådan erklæring. Landsretten fandt på denne baggrund, at de pågældende ikke ved deres underskrift på erklæringen havde påtaget sig en sådan personlig forpligtelse over for leasingselskabet, at de som følge af den manglende opfyldelse som følge af konkursen havde pådraget sig noget erstatningsansvar over for dette.

Erklæringens første afsnit om ejerforholdet i aktieselskabet er en faktisk oplysning, der ikke umiddelbart har betydning for spørgsmålet, om der er påtaget en retlig forpligtelse. Tilsvarende gælder ikke helt for næste afsnit, idet der særskilt nævnes den leasingkontrakt, som aktieselskabet har indgået. Selv uden en udtrykkelig henvisning til dette led senere i erklæringen, ville det være nærliggende at opfatte en eventuel retlig forpligtelse, som sigtede på netop denne leasingforpligtelse og ikke på andre forpligtelser.

Den passage i erklæringen, der omhandler, at man vil drage omsorg for, at selskabet har tilstrækkeligt med likvide midler til at kunne opfylde sine forpligtelser, virker i formuleringen som et løfte, nærmere bestemt et løfte om at drage omsorg for, at aktieselskabet havde tilstrækkelige likvide midler til at opfylde forpligtelsen. Objektivt set kan det konstateres, at bestyrelsesmedlemmerne ikke ansås for ansvarlige for, at de ikke havde draget omsorg for, at selskabet havde den fornødne likviditet. I den forstand må det også kunne konstateres, at de ikke ansås for at have afgivet et retligt forpligtende løfte om at sikre likviditeten, da misligholdelse af løftet i modsat fald måtte have medført et erstatningsansvar.

Det kan overvejes, om den manglende retlige forpligtelse skal søges i formuleringen eller i omstændighederne omkring afgivelse af erklæringen. Det synes vanskeligt at opfatte ordlyden som andet end et løfte, hvorfor årsagen må antages at ligge i forholdene omkring afgivelse af erklæringen. Umiddelbart kan det virke imod antagelse af en retlig forpligtelse, at man først nægtede at kautionere. Det er dog et synspunkt, der ikke skal overdimensioneres, idet der ikke kunne indgås en kreditaftale uden, at der dog blev afgivet en erklæring. Landsretten lagde imidlertid netop vægt på, at man havde nægtet at kautionere, og lagde samtidig vægt på, at man ikke havde drøftet, hvilken betydning den underskrevne erklæring skulle have. Der ligger tilsyneladende i denne begrundelse, at afgiveren ikke under de pågældende omstændigheder skulle indse, at der kunne være tale om en retlig forpligtelse. Synspunktet kan måske forsvares ud fra en opfattelse af, at den manglende professionalisme var undskyldelig i situationen. Normalt er det dog ikke undskyldeligt, at personer optræder på den professionelle arena uden en rimelig forståelse for, hvad der kan følge af de erklæringer, de afgiver.

Også afgørelsen U 1998.455 H angår spørgsmålet, om der er afgivet et retligt forpligtende løfte. Sagens faktum er ikke ganske ukompliceret, så der vil i det følgende blive givet en noget forenklet fremstilling af sagen.

I sagen U 1998.455 H havde et dansk investeringsselskab gennem en periode indgået aftale med et dansk børsrådgiverselskab om nogle såkaldte »holdeforretninger.« Indholdet i disse forretninger var, at investeringsselskabet af børsrådgiverselskabet købte nogle japan-

ske warrants (aktietegningsrettigheder), idet det samtidig blev aftalt, at disse warrants blev tilbagekøbt på et fastsat senere tidspunkt til en aftalt pris, der indebar en pæn forrentning til investeringsselskabet. Børsmæglerselskabet havde købt de pågældende warrants af et engelsk vekselererfirma, der var datterselskab af et japansk vekselererfirma. Baggrunden for forretningerne var så vidt ses, at der var behov for at skjule nogle tab en periode, bl.a. fordi vekselererfirmaet gerne ville dække tab for nogle af sine kunder, men ikke måtte det på grund af reguleringen i Japan. På foranledning af investeringsselskabet og det danske børsmæglerselskab blev der i november 1990 afholdt et møde mellem disse og en repræsentant for det engelske vekselererfirma. På mødet blev efter et i september 1991 af medarbejdere i investeringsselskabet udarbejdet mødereferat bl.a. forklaret om baggrunden for aftalerne og om forventede løbetider. Ifølge referatet blev der fra repræsentanten for det engelske vekselererfirma givet udtryk for, at de eksisterende forretninger samt evt. nyttilkomne ville blive indfriet senest i marts 1991. Endvidere fremgik det, at de betingelser, der hidtil havde været gældende, forblev uændret på alle punkter og i alle forhold, således også for forholdene omkring forretningernes afvikling. Det blev endvidere nævnt, at vekselererfirmaet ville sørge for, at investeringsselskabet kunne føle sig tryk ved engagementerne. Ifølge et referat, der formentlig også var udarbejdet i september 1991 af repræsentanter for børsmæglerselskabet, havde repræsentanten for det engelske vekselererfirma givet udtryk for, at de naturligvis stod »100 % bag de tidligere tilsagn om at sikre at vi i værste fald ikke tabte penge på samarbejdet.« Det engelske vekselererfirma hævdede senere, at referaterne ikke var en korrekt gengivelse af det på mødet passerede. Investeringsselskabet accepterede senere at forlænge samarbejdet om holdeforretninger, dog bl.a. på den måde at de skulle afvikles løbende over regnskabsåret 91/92, således at de var afviklet senest ved regnskabsårets udløb. Efter mødet i november 1990 skrev børsmæglerselskabet i december 1990 nogle breve til investeringsselskabet. I disse henvises der til en aftale med repræsentanten for det engelske vekselererfirma og omtales forskellige værdipapirer, der ønskedes placeret.

Børsmæglerselskabet kunne ikke opfylde sin pligt til at tilbagekøbe værdipapirer fra investeringsselskabet. Endvidere bestred det engelske vekselererfirma, at man direkte eller gennem børsmæglerselskabet havde afgivet et løfte om at tilbagekøbe de pågældende værdipapirer, og at man heller ikke på anden måde havde forpligtet sig til at tilbagekøbe værdipapirer.

Landsretten anførte, at samtlige deltagere på mødet i november 1990, bortset fra repræsentanten fra det engelske vekselererfirma, forklarede, at repræsentanten fra det engelske vekselererfirma havde givet tilsagn om, at vekselererfirmaet stod bag holdeforretningerne. I brevene fra december var der tillige henvist til aftalen med repræsentanten. Landsretten antog på det grundlag, at det engelske vekselererfirma havde forpligtet sig i forhold til i hvert fald de holdeforretninger, der var indgået inden mødet, eller som blev indgået i umiddelbar forlængelse af drøftelserne på mødet. Henset til indeståelsens karakter, herunder at dens indhold ikke var nærmere fastlagt, heller ikke i tidsmæssig henseende, ansås det ikke for godtgjort, at indeståelsen også omfattede nye holdeforretninger.

Højesteret antog på grundlag af forklaringerne og brevene, at repræsentanten for det engelske vekselererfirma havde bekræftet, at selskabet »stod bag« holdeforretningerne. Udtalelsen ansås imidlertid for at være af en så upræcis og tvetydig karakter, at den ikke kunne sidestilles med en erklæring om, at selskabet direkte eller indirekte indestod for børsselskabets opfyldelse af holdeforretningerne. Der var heller ikke blevet stillet

spørgsmål med henblik på at få rækkevidden præciseret. Endvidere anførtes: »Det må – uanset baggrunden herfor – også komme appellanten [investeringselskabet] til skade, at denne på trods af spørgsmålets vigtighed ikke anmodede indstævnte [det engelske vekselersfirma] om en skriftlig erklæring.« Vekselersfirmaet frifandtes derfor for et krav om dækning af investeringselskabets tab.

Som det ses, lagde Højesteret ligesom landsretten til grund, at repræsentanten fra det engelske vekselersfirma havde udtalt, at firmaet stod bag holdeforretningerne. Medens landsretten antog, at der var påtaget en forpligtelse for de bestående holdeforretninger, anførte Højesteret, at der ikke var grundlag for at fastslå en retlig forpligtelse. Der findes i domspraksis enkelte eksempler på, at man har anset mundtlige udsagn for at indeholde kautionserklæringer. Det er formentlig også lettere ved en kautionserklæring end ved en støtteerklæring. Ved en kautionserklæring vil indholdet i hovedsagen kunne fastlægges på grundlag af deklatoriske regler, hvorfor det helt essentielle problem er, om der er afgivet en kautionserklæring. Ved støtteerklæringer er det ikke alene et spørgsmål, om der er afgivet et løfte, men også hvad virkningen af et eventuelt løfte nærmere bestemt skal være. Det er et forhold, som netop understøtter et krav om præcisering for at antage, at der er afgivet et retligt forpligtende udsagn. I forlængelse heraf taler den manglende skriftlighed for, at der ikke er afgivet en retligt forpligtende erklæring, ligesom det kendes fra andre kontrakttyper, der efter deres art ikke er ganske ukomplicerede.

Højesterets dom af 26. marts 2009 i sagen 65/2007 angår også spørgsmålet, om der er afgivet et juridisk forpligtende løfte. Den adskiller sig dog markant fra de øvrige med hensyn til formen for erklæringen. Sagens omstændigheder var følgende:

I afgørelsen af 26. marts 2009 i sagen 65/2007 var der tale om et savværk, der ønskede at købe træ, bl.a. af Staten via et skovdistrikt i 2000/2001. Der havde tidligere været en samhandel, men denne var ophørt, vist nok særlig under hensyn til savværkets dårlige økonomi. Der blev gennemført en modernisering af savværket, og i den sammenhæng holdt ejerne hånden under savværket. For at give en blank påtegning på savværkets regnskab, krævede revisor, at årsberetningen indeholdt en erklæring om, at bestyrelse og ejere ville stille nødvendig kapital for selskabets fortsatte drift til rådighed. For årsberetningen 1998/99 lød erklæringen som følger:

»Selskabets bestyrelse og ejere vil sørge for den nødvendige kapital til selskabets fortsatte drift og fremadrettede udvikling.« Af erklæringen for 1999/2000 fremgik, at selskabets aktionærer havde »tilkendegivet, at de vil stille likviditet til rådighed i form af lån således, at selskabet samlet forventes at have den nødvendige likviditet til at kunne gennemføre de budgetterede aktiviteter for det kommende år.«

Savværket anmeldte betalingsstandsning den 10. oktober 2001, og det blev siden erklæret konkurs. Nogle kreditorer krævede det tab, de led ved konkursen, dækket af de personer, der havde afgivet støtteerklæringen, idet de gjorde gældende, at erklæringen var et løfte om, at savværket kunne fortsætte driften, således at de ikke led tab, og at i hvert fald den seneste erklæring fortsat var gældende, da selskabet standsede sine betalinger.

Højesteret fastslog, at erklæringerne var generelle udsagn rettet til en ubestemt personkreds om tilførsel af den nødvendige kapital/likviditet til selskabets drift, uden at det af ordlyden fremgik, at der var tale om en indeståelse for opfyldelsen af selskabets forpligtelser over for kreditorerne. Højesteret fandt på denne baggrund, at ingen af erklæringerne gav grundlag for at pålægge afgiverne af erklæringerne en personlig hæftelse for de tab, som kreditorerne led som følge af savværkets konkurs.

Afgørelsen adskiller sig ikke alene fra de øvrige afgørelser ved, at erklæringen ikke som sådan er afgivet til en eller flere konkrete kreditorer, men faktisk er afgivet over for revisor, så den kunne påføres regnskabet, hvilket var en betingelse for, at revisor ville give regnskabet en blank påtegning. En erklæring, der fremgår af regnskabet, er for så vidt rettet til alle, og nogle erklæringer kan da også være af en sådan art, at de i et vist omfang forpligter i forhold til alle. Formuleringen af Højesterets afgørelse – »generelle udsagn rettet til en ubestemt personkreds« – antyder dog muligvis, at det svækker en erklæring, som den her foreliggende, at det ikke er en erklæring til en eller flere bestemte kreditorer. Formentlig må der imidlertid antages en sammenhæng mellem erklæringens manglende præcision og den ubestemte personkreds. Havde der været tale om en konkret udformet erklæring om at dække alle kreditorers tab, ville den ubestemte personkreds næppe kunne svække betydningen af erklæringen.

Som i en række andre tilfælde præciserer denne erklæring ikke nærmere, hvor langt afgiveren af den vil gå. Det udtales ganske vist, at man vil stille den nødvendige likviditet til rådighed til at kunne gennemføre de budgetterede aktiviteter for det kommende år. Det præciseres imidlertid samtidig i den seneste, at det vil være i form af lån. Hvis en sådan erklæring skulle være en indeståelse for de øvrige kreditorers fordringer, måtte det indebære, at afgiveren af erklæringen skulle låne selskabet så store beløb, at alle andre kreditorer fik dækket deres krav, således at långiver var enekreditor. Præciseringen af, at der ville være tale om et lån, kunne lige så godt opfattes som et indirekte udsagn om, at man ville forbeholde sig ret til at konkurrere med de øvrige kreditorer om dækning, hvis det viste sig uhensigtsmæssigt at fortsætte. Udtalelsen om lån kan imidlertid næppe tillægges nogen konkret betydning, bortset fra at den kan være medvirkende til at få erklæringen til at fremstå med et ubestemt indhold. Højesterets begrundelse omfatter da også begge erklæringer under ét.

Højesteret lægger, som det ses i formuleringen – »uden at det af ordlyden fremgår, at der er tale om en indeståelse« – vægt på, at de generelle erklæringer ikke indeholder en præcisering af, hvilken nærmere bestemt betydning, de skal have. Derved harmonerer afgørelsen med de øvrige afgørelser.<sup>5</sup>

Afgørelserne U 1994.470 H og U 1998.1289 H vedrører også spørgsmål om afgivelse af et retligt forpligtende løfte. Afgørelserne vedrører imidlertid i særlig grad spørgsmålet om rækkevidden af erklæringen, jf. herom straks nedenfor.

#### 4. Domme med relation til rækkevidden af erklæringen

Er der afgivet et løfte, er det et spørgsmål, om dette løfte er misligholdt. Hertil kommer som nævnt, at der kun vil kunne kræves erstatning, hvis misligholdelsen af løftet har medført et tab. Den første afgørelse fra Højesteret, der fastslog et krav mod afgiveren af en støtteerklæring, var U 1994.470 H.<sup>6</sup>

Ved U 1994.470 H havde et moderselskab afgivet en støtteerklæring til fordel for et 50 % ejet datterselskab, for at datterselskabet fortsat kunne få kredit. Erklæringen, der var betegnet som en hensigtserklæring, havde bl.a. en passus om ejerforholdet, en erklæring om at ville følge datterselskabets udvikling nøje, et tilsagn om ikke at sælge eller pantsætte aktierne i datterselskabet, så længe kreditten ikke var indfriet, og indeholdt endelig følgende:

»...vi om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelige likvide midler til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for banken...«

Efter at datterselskabet var gået konkurs, krævede kreditor sit tab erstattet af afgiveren af støtteerklæringen. Flertallet i Højesteret antog, at moderselskabet efter indholdet i erklæringen havde afgivet et klart og ubetinget løfte om at tilføre datterselskabet tilstrækkelige likvide midler til at sikre banken mod tab. Endvidere antog disse dommere, at det til trods for, at erklæringen i overskriften var betegnet som en »Hensigtserklæring,« måtte påhvile moderselskabet at godtgøre, at der forelå sådanne omstændigheder omkring erklæringens tilblivelse, at den ikke kunne tillægges virkning i overensstemmelse med indholdet. At moderselskabet havde afslået at kautionere, gav ikke grundlag for at fastslå, at kreditor havde accepteret, at erklæringen ikke skulle anses for juridisk forpligtende, og da det ej heller ansås for godtgjort, at det var tilkendegivet af kreditors filialbestyrer, ansås moderselskabet for at være forpligtet til at dække kreditors tab. Den dissenterende dommer ville ikke anse erklæringen for juridisk forpligtende.

<sup>5</sup> Afgørelsen indeholder også et spørgsmål om erstatningsansvar i øvrigt, hvilket imidlertid ligger uden for denne artikel (det kan bemærkes, at sagsøgerne heller ikke fik medhold i den påstand).

<sup>6</sup> Dommen er kommenteret af *Blok*: U 1994B.436.

Det karakteristiske for erklæringen, der var anvendt i dette tilfælde, var, at den ud over nogle almindeligheder om ejerforholdet og om at følge udviklingen nøje indeholdt et klart formuleret tilsagn om, at afgiveren af erklæringen om fornødent ville tilføre selskabet tilstrækkelige likvide midler. Under hensyn til, at det indtil dette tidspunkt havde været anset for usikkert, om en støtteerklæring ville blive anerkendt i domspraksis, er afgørelsen prisværdig klar. Når der er afgivet en erklæring, der er formuleret som et klart og konkret løfte, må den også anses for juridisk forpligtende, medmindre det kan sandsynliggøres, at der har foreligget særlige omstændigheder, der kan medføre, at løftet ikke er forpligtende. I tilfælde af misligholdelse medfører erklæringen et erstatningskrav for det tab, som misligholdelsen har medført.

Den sidste afgørelse, der skal omtales her, er afgørelsen U 1998.1289 H. Omstændighederne i denne sag var følgende:

I U 1998.1289 H havde et pengeinstitut rettet henvendelse til en virksomhed med henblik på, at virksomheden skulle låne et beløb til valutaspekulation. Virksomheden accepterede muligheden, men den ville isolere aktiviteten i et selskab, der ikke havde andet formål. Pengeinstituttet ønskede kaution, men det nægtede virksomheden, men den gik dog med til at afgive en støtteerklæring, om end den aldrig havde afgivet erklæringer, den anså for at kunne være juridisk forpligtende. Den konkrete erklæring indeholdt et led om, at virksomheden ikke uden bankens samtykke ville disponere over datterselskabets aktier, og indeholdt derefter følgende:

»Vi erklærer samtidig i forbindelse med ydelse af ovennævnte [kreditfaciliteter], økonomisk at ville støtte ... [datterselskabet] med henblik på, at datterselskabet vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for ... [pengeinstituttet].«

Efter datterselskabets insolvens krævede pengeinstituttet sit tab erstattet af virksomheden. Flertallet i Højesteret fastslog, at moderselskabet ikke havde påtaget sig en udtrykkelig forpligtelse til at tilføre datterselskabet likvide midler til fuld opfyldelse af dets forpligtelser over pengeinstituttet, men en forpligtelse, der efter erklæringens formulering kunne opfyldes uden tilførsel af likvide midler. Erklæringen gav ikke tilstrækkeligt grundlag for at pålægge virksomheden at friholde pengeinstituttet for tabet, og da den opfattelse af erklæringen ansås for at stemme med oplysningerne om forhandlingerne forud for kredittilsagnet, frifandtes virksomheden for pengeinstituttet krav. Den dissentierende dommer ville dømme virksomheden til at erstatte pengeinstituttets tab, idet den pågældende dommer anså erklæringen for at være forpligtende i lighed med den erklæring, der var afgivet i U 1994.470 H.

En åbenbar forskel mellem erklæringerne i de to afgørelser synes at være, at der i U 1994.470 H var afgivet et løfte, der tilsagde et vist resultat, nemlig at datterselskabet kunne opfylde sine forpligtelser over for kreditgiver. I afgørelsen U 1998.1289 H var der afgivet en erklæring om, at man ville foretage



foranstaltninger *med henblik på*, at datterselskabet kunne opfylde sine forpligtelser over for pengeinstituttet; der var netop ikke tale om *således*. I princippet var der tilsagt et resultat i den førstnævnte afgørelse, medens det ikke var tilfældet i den anden afgørelse.

Der var formentlig tale om et løfte også i sidstnævnte erklæring i kraft af leddet, *vi erklærer samtidig ... økonomisk at ville støtte ... datterselskabet*. I hvert fald i sammenhængen, hvori erklæringen blev afgivet, synes det nærliggende at opfatte det som et løfte. Løftet er imidlertid ikke klart, idet det ganske vist fremgår, at man vil støtte økonomisk, men ikke noget om, hvordan man vil gøre det. Som Højesteret udtrykte det, kunne erklæringen opfyldes uden tilførsel af likvide midler. Noget andet er, at det i det konkrete tilfælde kunne være vanskeligt at støtte datterselskabet på anden måde end ved indskud af likvider, da datterselskabet kun drev valutaspekulation. Umiddelbart kunne man i hvert fald ikke støtte ved justering af samhandelspriser eller lignende. Det kunne måske derfor have været mere nærliggende at lægge mere vægt på den manglende tilsikring af resultatet i den sidstnævnte afgørelse, og ikke blot på at erklæringen kunne opfyldes på anden måde end ved indskud af likvider. Med en lidt fri fortolkning kan det dog måske indlægges i, at erklæringen kunne opfyldes uden indskud af likvide midler.

## 5. Afsluttende bemærkninger

Som det fremgår, har der ikke for støtteerklæringer udviklet sig deklaratoriske regler, som det er sket for kausionserklæringer. Vurderingen af støtteerklæringer er i princippet et spørgsmål om vurdering af erklæringer, hvor det primære spørgsmål er, om der er afgivet et løfte. Det vil typisk kun være tilfældet, hvis der er afgivet en erklæring af en vis bestemthed, så det ligger relativt fast, hvor meget afgiveren af erklæringen har forpligtet sig til. Klarest vil det være, hvis der er tilsagt et bestemt resultat, men det kan ikke afvises, at også andre erklæringer kan have et sådant indhold, at der vil være tale om et løfte. Særlige omstændigheder i forbindelse med afgivelsen af løftet vil dog kunne medføre, at erklæringen trods en klar formulering af et løfte dog ikke kan tillægges retsvirkning som sådan. Det vil fx være tilfældet, hvis det bevisligt har været klart for begge parter, at det ikke var hensigten, at der skulle bestå en juridisk forpligtelse. En åbenbar fejltagelse fra afgiverens side må antages at have samme effekt.

Erklæringer, der ikke indeholder et klart formuleret løfte, vil typisk ikke kunne få virkning som en retligt forpligtende støtteerklæring. Det er fx tilfældet med erklæringen, der fremgik af regnskabet i Højesterets afgørelse af 26. marts i sagen 65/2007.

Næste led i vurderingen er, om det pågældende løfte er misligholdt. Som det bl.a. kan ses af afgørelsen U 1998.1289 H, vil et løfte, der ikke tilsiger et bestemt resultat, ofte kunne opfyldes uden, at der indskydes likvide midler, og dermed vil det også kunne tænkes, at kreditgiver lider tab, uden at der i den anledning vil kunne gøres et erstatningskrav gældende mod løftegiveren. Der kan efter den foreliggende domspraksis ikke være tvivl om, at det sikreste for kreditgiver, hvis kaution ikke kan opnås, er en erklæring fra løftegiveren om, at denne om fornødent vil indskyde likvide midler i et sådant omfang, at datterselskabet kan opfylde sine forpligtelser over for kreditgiver, således at denne ikke lider tab. Andre erklæringer vil formentlig ofte kunne have en tilsvarende konsekvens, men retsvirkningen af sådanne vil være langt mere usikker.

# Er dansk asylret vedrørende »krigsflygtninge« i strid med EU-retten?

En kommentar til EF-domstolens afgørelse  
af 17. februar 2009 i sag C-465/07, Elgafaji

af

*Peter Starup*

## 1. Problemstillingen

I forbindelse med den stramning af udlændingeloven, som fandt sted i 2002, og som i offentligheden mest er kendt for indførelse af skærpede krav til familiesammenføring (bl.a. 24-årsreglen og tilknytningskravet for ægtefællesammenføring), skete der også en stramning af asylreglerne: Man var fast besluttet på at skære helt ind til benet i forhold til asylsøgere, og i forarbejderne anføres det, at hensigten med lovændringen var, at der nu alene skulle gives opholdstilladelse til asylsøgere, som har krav på beskyttelse efter de internationale konventioner, som Danmark har tiltrådt.<sup>1</sup>

Som relevante konventioner i så henseende nævnes flygtningekonventionen,<sup>2</sup> EMRK og FN's torturkonvention.<sup>3</sup> Det kan ikke undre, at fællesskabsretten ikke nævnes, idet dansk asylret – i hvert fald som udgangspunkt – slet ikke påvirkes af EU-retten. Således er Danmark pga. retsforbeholdet ikke forpligtet efter en række minimumsdirektiver, som pålægger EU-landene at yde en vis mindstebeskyttelse til asylsøgere.

Spørgsmålet er imidlertid, om Dublin-samarbejdet,<sup>4</sup> som Danmark ganske frivilligt deltager i, fordi det giver mulighed for at tilbageføre flere asylsøge-

<sup>1</sup> Lovforslag nr. L 152 af den 28. februar, specielle bemærkninger, s. 44.

<sup>2</sup> Genève-konventionen af 28. juli 1951 om flygtninges retsstilling.

<sup>3</sup> FN's konvention af 10. december 1984 mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

<sup>4</sup> Dublin II-forordningen (Rådets forordning 343/2003/EF af 18. februar 2003 om fastsættelse af kriterier og procedurer til afgørelse af, hvilken medlemsstat der er ansvarlig for behandlingen af en asylansøgning indgivet af en tredjelandsborger i en af medlemsstaterne), som samarbejdet bygger på, er bl.a. udstedt med henvisning til TEF art. 63. stk. 1 (a) og er derfor omfattet af det danske retsforbehold. Danmark har dog valgt at tilslutte sig forordningen – og dermed Dublin-samarbejdet – ved indgåelse af en parallelaftale, jf. EUT L 66/37.

re, end vi overtager fra de andre lande,<sup>5</sup> indirekte skaber en forpligtelse til at overholde EU-asyreglerne?

Dublin-samarbejdet bygger på en forudsætning om, at det er forsvarligt at sende asylsøgere til et andet EU-land, og det er bl.a. for at sikre en vis minimumsbeskyttelse, at der er blevet vedtaget minimumsdirektiver på asylområdet. Hvis Danmark yder ringere beskyttelse end de almindelige EU-asyllstandarder, vil de andre EU-lande kunne være betænkelige ved at sende asylsøgere til Danmark, hvilket i den juridiske litteratur hævdes at være problematisk i relation til – i sidste instans måske endog til hinder for – Danmarks deltagelse i Dublin-samarbejdet.<sup>6</sup>

Af de internationale konventioner, som Danmark har tiltrådt, er især EMRK af praktisk relevans. Den potentielle konflikt med EU-retten bliver i særlig grad aktuell, hvis EU-standarderne skulle vise sig at yde en bedre beskyttelse end EMRK. Dette spørgsmål blev for nylig behandlet af EF-domstolen i sag C-465/07, *Elgafaji*.

## 2. Direktiv 2004/83 art. 15 litra c)

Baggrunden for *Elgafaji*-sagen er direktiv 2004/83, der blev vedtaget af Rådet den 29. april 2004.<sup>7</sup> Direktivet forpligter medlemsstaterne til at yde international beskyttelse til to persongrupper:

For det første til flygtninge, som er omfattet af flygtningekonventionen, idet de i kraft af en velbegrundet frygt for forfølgelse på grund af race, religion, nationalitet, politisk anskuelse eller tilhørsforhold til en bestemt social gruppe opholder sig uden for det land, hvor de er statsborgere, og som ikke kan eller, på grund af en sådan frygt, ikke vil påberåbe sig dette lands beskyttelse. Denne del af direktivet er uproblematisk fra en dansk synsvinkel, idet

<sup>5</sup> Idéen med Dublin-samarbejdet er, at en asylsøger kun kan få behandlet sin sag i ét EU-land. Dublin II-forordningen indeholder derfor kriterier for, i hvilket EU-land en asylansøgning skal behandles, og EU-landene har gensidigt forpligtet sig til at modtage asylsøgere fra de andre EU-lande, jf. Kim U. Kjær i Lone B. Christensen & Gunnar Homann m.fl.: *Udlændingeret* (3. udg. 2006), s. 76ff.

<sup>6</sup> Se Jens Vedsted-Hansen, »Det retlige forbehold og personernes mobilitet«, Egelund Olsen & Engsig Sørensen, *Europæiseringen af dansk ret* (2008), s. 106ff, og Nina M. Lassen, »Centrale EU-direktiver vedrørende asyl- og ophold: På hvilke områder er der ringere standarder i Danmark?« (oktober 2007).

Kan hentes på: [www.bedsteforaeldreforasyl.dk/?download=eu\\_direktiver-1.pdf](http://www.bedsteforaeldreforasyl.dk/?download=eu_direktiver-1.pdf).

<sup>7</sup> Direktiv 2004/83/EF om fastsættelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse (»kvalifikationsdirektivet«) (EUT L 304/12).

der i medfør af udlændingelovens § 7, stk. 1, efter ansøgning gives opholdstilladelse til udlændinge, som er omfattet af flygtningekonventionen.

For det andet forpligter direktivet medlemsstaterne til at yde international beskyttelse til personer, der ikke kan anerkendes som flygtninge efter flygtningekonventionen, men som ikke desto mindre må antages at ville løbe en reel risiko for at lide »alvorlig overlast« ved tilbagevenden til hjemlandet. Sådanne personer har krav på subsidiær beskyttelsesstatus i henhold til direktivets art. 18. Subsidiær beskyttelsesstatus anerkendes også i dansk asylret. Ifølge udlændingelovens § 7, stk. 2, gives der efter ansøgning opholdstilladelse til en udlænding, som ved tilbagevenden til sit hjemland risikerer dødsstraf eller at blive underkastet tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf. Spørgsmålet er herefter, om der er sammenfald mellem beskyttelsen efter direktivet og udlændingelovens § 7, stk. 2.

Ifølge direktivets art. 2, litra e) forstås ved »person, der er berettiget til subsidiær beskyttelse«: en tredjelandstatsborger eller statsløs, der ikke anerkendes som flygtning, men for hvem der er alvorlig grund til at antage, at vedkommende, hvis han eller hun sendes tilbage til sit hjemland eller, for så vidt angår en statsløs, til det land, hvor han eller hun tidligere havde sit sædvanlige opholdssted, vil løbe en reel risiko for at lide »alvorlig overlast« som defineret i art. 15. Herefter er spørgsmålet, om beskyttelsen mod at lide »alvorlig overlast« er mere omfattende end beskyttelsen efter EMRK?

Direktivets art. 15, litra a-c) definerer »alvorlig overlast« således: a) dødsstraf eller henrettelse, eller b) udsættelse af en ansøger for tortur, umenneskelig eller vanærende behandling eller straf i dennes hjemland, eller c) alvorlig og individuel trussel mod en civilpersons liv eller fysiske integritet som følge af vilkårlig vold i forbindelse med international eller intern væbnet konflikt.

For så vidt angår litra a) og b), er begge disse tilfældegrupper omfattet af udlændingelovens § 7, stk. 2, idet denne bestemmelse er udformet i overensstemmelse med EMRK.<sup>8</sup> Det har derimod været omdiskuteret, om direktivets art. 15, litra c) går videre end retten til subsidiær beskyttelsesstatus efter udlændingelovens § 7, stk. 2.<sup>9</sup>

### 3. Sag C-465/07, *Elgafaji*

Fortolkningen af art. 15, litra c) var omdrejningspunktet i denne sag, der omhandlede et irakisk ægtepar, som den 13. december 2006 ansøgte om asyl i

<sup>8</sup> EMRK indeholder i art. 3 et forbud mod tortur og umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf og i art. 1 i tillægsprotokol nr. 13 et forbud mod dødsstraf.

<sup>9</sup> Se Jens Vedsted-Hansen, »Det retlige forbehold og personernes mobilitet«, Egelund Olsen & Engsig Sørensen, *Europæiseringen af dansk ret* (2008), s. 111.

Holland. De fik afslag med den begrundelse, at de ikke havde sandsynliggjort den reelle risiko for en alvorlig og individuel trussel, som de hævdede at være udsat for i deres hjemland. Sagen nåede Raad van State, der spurgte EF-domstolen, om denne bestemmelse yder en bedre beskyttelse end EMRK art. 3, og om, hvilke kriterier der i givet fald finder anvendelse ved bedømmelsen af, om en person løber en reel risiko for at blive udsat for en »alvorlig og individuel trussel som følge af vilkårlig vold«.

EF-domstolen fastslog, at art. 15, litra c), er forskellig fra EMRK art. 3, og at hvor beskyttelsen efter EMRK art. 3 allerede er opfyldt med direktivets art. 15, litra b), som omhandler mere konkrete trusler, såsom tortur, umenneskelig eller vanærende behandling eller straf,<sup>10</sup> omfatter art. 15, litra c) derimod en mere generel risiko, som kan opstå i forbindelse med både internationale og interne væbnede konflikter.<sup>11</sup>

Det fremgår ifølge EF-domstolen af denne bestemmelses ordlyd, at der skal være tale om en alvorlig og *individuel* trussel mod en civilpersons liv eller fysiske integritet som følge af vilkårlig vold i forbindelse med væbnet konflikt. EF-domstolen stiller imidlertid tilsyneladende yderst begrænsede krav til, at den pågældende er i en særlig individualiseret risiko for at lide overlast ved hjemsendelse. Det betones således, at art. 15, litra c) omfatter overlast, som er rettet mod civilpersoner uden hensyn til deres identitet, når graden af vilkårlig vold, som karakteriserer den igangværende væbnede konflikt, når et niveau, der er så højt, at der er alvorlig grund til at antage, at en civilperson, der sendes tilbage, *alene som følge af sin tilstedeværelse på dette lands område vil løbe en reel risiko for at være udsat for en alvorlig trussel*.<sup>12</sup>

I undtagelsessituationer, hvor risikograden er tilstrækkelig høj, gælder der altså ikke noget krav om, at asylsøgeren må antages individuelt at være udsat for den pågældende risiko. Individualiseringskravet spiller imidlertid stadig en rolle, når graden af vilkårlig vold er mindre. Der er således ifølge EF-domstolen sammenhæng mellem kravet om individualisering og graden af vilkårlig vold.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Præmis 28.

<sup>11</sup> Præmis 34.

<sup>12</sup> Præmis 35.

<sup>13</sup> Præmis 39.

#### 4. Tilsidesættelsen af Flygtningenævnets praksis vedrørende »krigsflygtninge« ved 2002-lovændringen

Da Folketinget i 2002 ændrede på bestemmelsen om subsidær beskyttelsesstatus i udlændingelovens § 7, stk. 2,<sup>14</sup> antog regeringen, at ændringen bl.a. ville få betydning for opholdstilladelser til krigsflygtninge.<sup>15</sup>

Personer på flugt fra væbnede konflikter har ganske vist aldrig formelt haft ret til ophold i Danmark efter udlændingelovens § 7, stk. 2 (eller efter *non-refoulement*-bestemmelserne i udlændingelovens § 31), men der fandtes dog før lovændringen i 2002 afgørelser fra Flygtningenævnet, som tilsyneladende brød med denne opfattelse. Således var asylsøgere fra de borgerkrigshærgede dele af Somalia blevet meddelt subsidær beskyttelse (såkaldt »de facto-status«) med *prima facie*-lignende begrundelser (dvs. uden at truslen specifikt var rettet mod dem).<sup>16</sup>

I forarbejderne til 2002-loven siges det, at der efter lovændringen ikke længere kan meddeles opholdstilladelse med beskyttelsesstatus, alene fordi der i et bestemt land hersker kaotiske forhold, der gør, at det ikke kan udelukkes, at udlændinge i forbindelse med indrejsen i hjemlandet vil være i risiko for chikane, medmindre chikanen antager form af tortur eller umenneskelig behandling eller straf, og det understreges, at dette bl.a. vil have betydning for Flygtningenævnets praksis vedr. somaliere.<sup>17</sup>

Der er tale om en meget klar politisk tilkendegivelse til Flygtningenævnet om at ændre på den hidtidige praksis for krigsflygtninge, og der er da også efterfølgende sket en markant ændring af praksis for især somaliske asylsøgere. Den generelle sikkerhedssituation spiller ikke længere nogen rolle, og kun i tilfælde, hvor de pågældende risikerer forfølgelse pga. deres individuelle forhold, meddeles de ophold efter udlændingelovens § 7, stk. 2.<sup>18</sup> I de senere år er der med lignende begrundelser blevet givet afslag på opholdstilladelse til et større antal irakiske statsborgere.

#### 5. Kommentar

Vi har nu en situation, hvor Flygtningenævnspraksis vedr. borgerkrigsflygtninge ikke er i overensstemmelse med kvalifikationsdirektivets art. 15, litra

<sup>14</sup> Lov nr. 365 af 6. juni 2002.

<sup>15</sup> Lovforslag nr. L 152 af 28. februar, almindelige bemærkninger, pkt. 2.1, s. 14.

<sup>16</sup> Se nærmere herom Nina M. Lassen i Lone B. Christensen & Gunnar Homann m.fl.: *Udlændingeret* (3. udg. 2006), s. 452ff.

<sup>17</sup> Lovforslag nr. L 152 af 28. februar, specielle bemærkninger, s. 46.

<sup>18</sup> Jf. også Nina M. Lassen i Lone B. Christensen & Gunnar Homann m.fl.: *Udlændingeret* (3. udg. 2006), s. 454.

c). Dette har i udgangspunktet ingen betydning for Danmark, idet direktivet pga. retsforbeholdet ikke forpligter Danmark. Rent politisk ser det dog unægtelig skidt ud, at Danmark – som det eneste EU-land – yder en ringere beskyttelse end de *minimums*standarder, som de andre EU-lande er blevet enige om. Der har da også kunnet spores en klar tendens til, at den danske regering over for offentligheden og over for udlandet har forsøgt at fremstille dansk asylpraksis som værende i overensstemmelse med EU-standarderne.<sup>19</sup> Argumentationen har bl.a. bygget på, at kvalifikationsdirektivets art. 15, litra c) kun yder samme beskyttelse som EMRK art. 3.<sup>20</sup>

Om end det med *Elgafaji* står klart, at denne antagelse ikke holder, er spørgsmålet, om dette på nogen måde kan antages at skabe en juridisk bindende forpligtelse for Danmark? En sådan forpligtelse må nødvendigvis være afledt af Danmarks deltagelse i Dublin-samarbejdet (se ovenfor afsnit 1). Jens Vedsted-Hansen udtaler i den forbindelse: »Hvis ansvarsfordelingssystemet i EU skal fungere reelt og effektivt, er der [...] ikke plads til tilsidesættelse af internationale forpligtelser i enkelte medlemsstaters asylpraksis – og derfor næppe heller til væsentlig afvigelse fra de minimumsstandarder, der er kommet til udtryk i de vedtagne asyldirektiver.«<sup>21</sup>

Det er ikke ukendt, at dansk udlændingeret – på trods af retsforbeholdet – må indrette sig i overensstemmelse med EU-reglerne. Således tvang EF-domstolens afgørelse af 25. juli 2008 i sag C-127/08, *Metock*, Danmark til at ændre på EU-opholdsbekendtgørelsen, så det nu ikke længere kræves, at et familiemedlem til en vandrende EU-borger forudgående har haft lovligt ophold i et EU-land for at have ret til EU-familiesammenføring i Danmark. Debatten om *Metock* har ikke så meget drejet sig om dette aspekt, men derimod om danske statsborgeres mulighed for at opnå familiesammenføring med tredjelandstatsborgere i Danmark ved at gøre brug af EU-reglerne.

Det må understreges, at *Elgafaji* på flere punkter adskiller sig fra *Metock*: Det følger af *Metock* (og især af anden retspraksis fra EF-domstolen), at danske statsborgere i medfør af TEF og direktiv 2004/38 kan kræve EU-familiesammenføring i Danmark, og at denne ret kan håndhæves ved de danske domstole. Derimod er de evt. retsvirkninger af *Elgafaji* mere indirekte. Der kan tænkes at opstå en situation, hvor et andet EU-land afviser at tilbageføre en »krigsflygtning« til Danmark i henhold til Dublin-forordningen, med henvisning til, at vedkommende ikke må forventes at kunne opnå beskyttelse

<sup>19</sup> Se nærmere herom Jens Vedsted-Hansen, »Det retlige forbehold og personernes mobilitet«, Egelund Olsen & Engsig Sørensen, *Europæiseringen af dansk ret* (2008), s. 110f.

<sup>20</sup> Integrationsministeriets besvarelse af spørgsmål nr. S 5958 af 24. oktober 2006.

<sup>21</sup> Jens Vedsted-Hansen, »Det retlige forbehold og personernes mobilitet«, Egelund Olsen & Engsig Sørensen, *Europæiseringen af dansk ret* (2008), s. 111.



her i landet, hvilket indirekte kan tvinge Danmark til at overholde kvalifikationsdirektivets art. 15, litra c).

# Den udbudsretlige in house-regel

– en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis

af

*Michael Steinicke*

## 1. Indledning

Et af de væsentligste spørgsmål i forbindelse med offentlige myndigheders overvejelser om offentlige indkøb er, om en overdragelse til en ekstern virksomhed er udbudspligtig.<sup>1</sup> Et udbud vil medføre, at der i forbindelse med aftaleindgåelsen skal ske overholdelse af en række procedureregler, som ofte gør indkøbet bureaukratisk. Udbud opfattes traditionelt som en både tids- og personalemæssigt ressourcetung metode til at indgå aftaler. Derfor vil det ofte være ønskeligt for den offentlige myndighed, hvis udbud kan undgås.

En af overvejelserne i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger en udbudspligt, er, om den pågældende opgave skal varetages internt (in house) eller eksternt (ex house). Hvis der er tale om en ekstern udførelse af opgaven, kan der være tale om en udbudspligtig opgave. Udbudsdirektivernes og tilbudslovens tilgang til in house-bedømmelsen har været, at i det omfang, der sker en overdragelse af en opgave til en enhed, som ligger uden for en kommunes eller en regions organisatoriske rammer, vil der være tale om en ex house-situation. Domstolen har imidlertid modificeret dette udgangspunkt og udtalt, at der efter omstændighederne kan være tale om in house, selv om opgaven overdrages til en ekstern virksomhed. Dette kræver opfyldelse af to betingelser, dels en betingelse som vedrører muligheden for at udøve kontrol over den eksterne enhed, dels en betingelse som vedrører mængden af aktiviteter, som den eksterne enhed udøver sammen med den offentlige myndig-

<sup>1</sup> En udbudspligt kan enten foreligge efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18), forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2004/17), eller tilbudsloven, lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007. Der kan også være forpligtelser for offentlige myndigheder efter EF-traktatens generelle principper og reglerne om de frie bevægeligheder, selv om der nok ikke kan tales om en egentlig udbudspligt.

hed. For en ordregiver, som skal overdrage en opgave til en ekstern enhed, kan det således være praktisk relevant at undersøge, om den eksterne overdragelse opfylder disse to betingelser, idet man hermed kan undgå at sætte opgaven i udbud.

Formålet med denne artikel er tofoldig. For det første præsenteres de seneste afgørelser fra EF-Domstolen med henblik på at gøre status på in house-praksis. For det andet foretages en kritisk drøftelse af helt grundlæggende forhold omkring in house-bestemmelsen.

## 2. Den udvidede in house-regel – C-107/98, Teckal

Denne nye fortolkning af in house-reglen blev fastslået af Domstolen i C-107/98, Teckal.<sup>2</sup> Denne sag omhandlede den situation, hvor et selskab (AGAC) var dannet af flere kommuner (45 i alt) og varetog en række energi- og miljømæssige opgaver. Kommunen Viano havde overdraget opgaver vedrørende administration af varmforsyning til AGAC. Viano havde en andel af det fælleskommunale selskab svarende til 0,9 %. Overdragelsen af opgaven skete, uden at aftalen kom i udbud. Det relevante spørgsmål, som den nationale ret efterfølgende forelagde Domstolen, var, om en sådan aftale kunne indgås, uden at det skete via udbudsdirektivets procedurer.

Domstolen kom frem til et resultat som brød med den hidtidige opfattelse af, hvad der lå i in house-begrebet. Domstolen indledte med at påpege det allerede accepterede udgangspunkt: at hvor der overdrages en opgave til en enhed, som er en anden juridisk enhed end den ordregivende myndighed, er der tale om en ex house opgave. Domstolen fulgte dog dette op med at fastslå, at dette udgangspunkt (kun) kan fraviges i situationer, hvor 1) den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over den pågældende enhed, som tilsvarende kontrol, som myndigheden udøver over sine egne tjenestegrene, og 2) hvor den eksterne enhed udøver størstedelen af sin virksomhed sammen med den ordregivende myndighed.

Teckal-afgørelsens to betingelser virker som udgangspunkt let tilgængelige og klare, men efter nærlæsning opstår hurtigt en række spørgsmål. EF-

<sup>2</sup> Fra litteraturen ses bl.a følgende om Teckal-afgørelsen: Jesper Fabricius og René Offersen: EU's udbudsregler i praksis, s. 98-101, Simon Evers Hjelmberg, Peter Stig Jakobsen og Sune Troels Poulsen: EU udbudsretten, s. 86-95 og Michael Steinicke og Lise Groesmeyer: EU's udbudsdirektiver med kommentarer, s. 166-187, Fotini Avarkioti: The application of EU public procurement rules to »In house« arrangements, PPLR, 2007, s. 22, Toni Kaarresalo: Procuring in-house: The impact of the EC procurement regime, i PPLR, 2008, s. 242, Michael Steinicke: Kommunerne og samarbejde – in house-ydelser og udbudspligt, i Eija Mäkinen (red.): Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna, Tammerfors universitet, Rättsvetenskapliga institutionen, s. 147-182, samt Trine Dall: Udbudsretlige in-house kontrakter, i RETTID, 2008.

Domstolen har i flere tilfælde haft mulighed for at afgrænse praksis og har både taget stilling til det første og det andet kriterium. Det andet kriterium (at opgaverne i et vist omfang skal udføres sammen) er bl.a. behandlet i sagerne C-340/04, Carbotermo og C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia. Udførelseskriteriet behandles ikke nærmere i denne artikel.

### 3. Udviklingen af kontrolkriteriet

Det forhold, som har givet anledning til de største vanskeligheder, er spørgsmålet, hvornår den offentlige myndighed har en tilstrækkelig grad af kontrol over den eksterne enhed. Dette spørgsmål har givet anledning til uklarheder af meget forskellig karakter. I det følgende redegøres for nogle af disse forhold på baggrund af udviklingen i Domstolens praksis.

Praksis kan med fornuft opdeles i to faser, som afspejler forskellige udviklingslinjer i forhold til Teckal-praksis. I den første fase skulle der tages stilling til nogle fundamentale forhold omkring kontrol-kriteriet, hvor den anden fase har budt på en nuancering af samme kriterium.

#### 3.1 Den første fase: om private engagement og fælles offentlig kontrol

De første spørgsmål, som opstod i lyset af Teckal, var, i hvilket omfang undtagelsen kunne anvendes på enheder, som var offentlig-private enheder, og i hvilket omfang undtagelsen kunne anvendes i forbindelse med flere offentlige enheders fælles kontrol over en ekstern enhed. Den første situation har særlig interesse i forbindelse med offentlig-private selskaber som instrument til offentlig-private samarbejder. Den anden situation har interesse i forbindelse med fælleskommunale samarbejder. Begge spørgsmål repræsenterer således praktisk relevante forhold.

##### 3.1.1 Privat selskabsdeltagelse

I relation til det første spørgsmål kom svaret hurtigt fra EF-Domstolen. I sag C-26/03, Stadt Halle, skulle Domstolen tage stilling til, om den udvidede in-house-regel kunne anvendes i en situation, hvor den pågældende enhed havde en offentlig ejerandel og indflydelse på 75,1 %, og hvor den resterende del af enheden var privat ejet. Alle beslutninger i selskabet kunne træffes med 75 % majoritet, og formelt var der således ingen kontrolmuligheder over den eksterne enhed fra den private deltagers side. Generaladvokat Stix-Hackl var grundig i sine overvejelser om spørgsmålet og konkluderede, at »Da organer, som en privat minoritetsdeltager har kapitalandele i, imidlertid også kan opfylde kontrolkriteriet, kan det konkluderes, at Teckal-undtagelsen ikke kun

gælder for egne selskaber, men også for blandede økonomiske selskaber.«<sup>3</sup> En direkte anvendelse af Teckal-kriterierne på det konkrete offentlig-private selskab viste da også, at der stadig kunne ske anvendelse af undtagelsen for en offentlig majoritetsejer. Domstolen viste sig dog ikke at være enig og begrundede sin afgørelse med, at det forhold, at der var tale om en privat deltagelse, ville medføre, at der i et vist omfang måtte være andre hensyn i forbindelse med enhedens drift end de blotte offentlige hensyn, som ville være til stede, hvis der kun var offentligt ejerskab/kontrol.

Hovedargumenterne herfor var for det første, at hvor der var privat deltagelse, ville den eksterne enhed uanset de formelle kontrolforhold altid tage hensyn til den særlige private interesse og dermed lade denne influere på enhedens drift i et eller andet omfang. Det andet argument var, at den private enhed, som deltog i den eksterne enhed, »gratis« ville få adgang til en offentlig opgave. Disse argumenter diskuteres nedenfor i afsnit 4.

### *3.1.2 Fælles offentlig kontrol*

Et spørgsmål, som fra starten påkaldte sig opmærksomhed, var, om kontrolkriteriet kunne opfyldes via en fælles kontrol. Domstolen har med C-340/04, Carbotermo og senere C-295/05, Asemfo, fastslået, at det er muligt at opfylde kontrolkriteriet ved fælles kontrol. Dette betyder, at flere offentlige myndigheder samlet kan opfylde betingelsen, og i forlængelse heraf, at der ikke nødvendigvis er noget behov for, at en enkelt enhed skal have den krævede kontrol.

I Carbotermo var ejerskabet fordelt således, at 99,8 % var ejet af én og samme kommune, hvor enkelte andre ejede resten af selskabet. Domstolen accepterede præmissen om, at fælles kontrol var tilstrækkeligt, men afviste konkret, at Teckal-betingelserne var opfyldt, da kontrolstrukturen i den eksterne enhed ikke gav de kontrollerende kommuner tilstrækkelige beføjelser. Asemfo-sagen er beskrevet nedenfor i afsnit 3.2.1.

### *3.1.3 Grundlæggende om kontrolvurderingen*

Det blev med nogen af dommene i første fase slået fast, præcist hvordan vurderingen af kontrolkriteriet skal gribes an. Det blev således i den tidlige praksis fastslået, at bedømmelsen af, om den kontrol, som en offentlig myndighed fører med den eksterne enhed, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning. Domstolen skal således undersøge, om den pågældende eksterne enhed er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den

<sup>3</sup> Generaladvokatens forslag til afgørelse, punkt 70.

offentlige myndighed at påvirke enhedens beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger for den eksterne enhed. Blandt de forhold, som Domstolen har inddraget i disse vurderinger, er: omdannelse af en enhed til et aktieselskab, udvidelse af et selskabs formål, en åbning af et selskab for fremmedkapital, en geografisk udvidelse af et selskabs virksomhedsaktiviteter og overdragelse af betydelige beføjelser til enhedens bestyrelse har ført til, at eksterne enheder ud fra Domstolens synspunkt havde erhvervet en vis form for kontraktmæssig status og selvstændighed, som udelukker, at den offentlige myndighed kunne udøve en kontrol, som svarer til den kontrol, den førte med egne tjenestegrene.

### **3.2 Den anden fase: vurdering af intensitet og form**

Med Carbotermo er det accepteret, at kontrolkriteriet kan opfyldes via fælleskontrol. Samtidig skal kontrollen omfatte nogle centrale forhold i enhedens sfære, nemlig strategiske og vigtige beslutninger. Dette betyder, at formålet med at undersøge fordelingen af beslutningskompetencerne mellem de deltagende offentlige myndigheder og den eksterne enhed er at sikre, at det rent faktisk er de deltagende myndigheder, som kan træffe de væsentlige beslutninger, og at der ikke er overladt for megen kontrol til selve den eksterne enhed. Domstolens praksis viser, at fælleskommunale samarbejder således ikke automatisk, men dog i reglen, vil være undtaget fra pligten til at gennemføre en udbudsprocedure.

#### *3.2.1 C-295/05, Asemfo*

I Asemfo-sagen fandt Domstolen for første gang, at kontrolkriteriet var opfyldt. I tidligere sager har dette således ikke været tilfældet. I sagen havde den spanske stat sammen med 4 regioner fuldt ejerskab over et organ, som udførte tjenester (inden for udvikling af landdistrikter og miljøbeskyttelse) for staten, men også for samtlige regioner i Spanien. Der var i den spanske lovgivning fastsat regler, hvorefter Tragsa var forpligtet til at efterkomme bestillinger fra staten og regionerne. Priserne for disse ydelser blev ikke fastsat af Tragsa, men var reguleret ved kongeligt dekret og blev fastsat af de offentlige enheder på baggrund af de faktiske udgifter, som Tragsa havde afholdt. I sagen skulle Domstolen bl.a. tage stilling til, i hvilket omfang Tragsas varetagelse af de nævnte tjenesteydelser skulle anses for udbudspligtige ydelser. Domstolen henviste i den forbindelse til Teckal-sagen og de to kriterier, som var opstillet heri, samt til den efterfølgende praksis som præciserede denne praksis. Et af de punkter, som skulle vurderes, var, i hvilket omfang det forhold, at de 4 regioner ikke havde et større ejerskab end samlet 1 % af Tragsa

medførte, at regionerne ikke kunne anvende in house-reglen, idet regionerne hverken samlet eller hver især havde den nødvendige grad af kontrol. Domstolen henviste her til Carbotermo-sagens præmis 37 og udtalte, at »den omstændighed, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, besidder den samlede kapital i et kontraherende selskab, i princippet tyder på, at denne ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene.« Dermed kunne hver af regionerne trods deres lille ejerandel tilsyneladende anvende in house-reglen, såfremt andre forhold ikke pegede væk herfra. Der er to interessante forhold i relation til denne udtalelse. For det første synes Domstolen at gå bort fra den bagatelgrænse, som man tidligere har arbejdet med ved in house-spørgsmålet (se C-231/03, Coname).<sup>4</sup> For det andet er der en formulermæssig forskel på Domstolens udtalelser i Carbotermo-sagens præmis 37 og udtalelsen i Asemfo. I førstnævnte sag udtrykte Domstolen sig således, at en fælles kontrol »tyder på uden at være afgørende« for, om der er tale om en tilstrækkelig kontrol, hvorimod det i Asemfo anføres, at den fælles kontrol »i princippet tyder på«, at kontrolkriteriet er opfyldt. Kravet synes dermed at være blevet lempeligere.

Domstolen påpegede efterfølgende, at forholdene omkring Tragsa i øvrigt pegede i retning af, at kontrolkriteriet var opfyldt. Særligt indikerede det forhold, at priserne ikke blev bestemt af Tragsa, og at Tragsa var forpligtet til at efterkomme bestillinger fra de offentlige enheder, »at dets forbindelse til de nævnte regioner ikke er af kontraktmæssig karakter.«<sup>5</sup> Domstolen konkluderede i forlængelse heraf, at Tragsa ikke kunne anses som en tredjemand i forhold til de selvstyrende regioner, som ejer en del af dets kapital, jf. dommens præmis 61.

Da det andet Teckal-krav (udførelse af opgaver sammen med den offentlige myndighed) ligeledes var opfyldt, fandt Domstolen, at der var tale om en in house-situation.

### 3.2.2 C-324/07, *Coditel Brabant*

Sagens omstændigheder i *Coditel Brabant* var noget anderledes, men endte også med det resultat, at Domstolen fandt, at der var tale om en in house-situation.

I sagen var der tale om tildeling af koncession på drift af et teledistributionsnet uden nogen formaliseret procedure. Tildelingen gik til den kommunale sammenslutning Brutélé, som i hovedsagen var et interkommunalt selskab,

<sup>4</sup> I Coname-sagen blev en selskabsandel anset for at være utilstrækkelig, jf. præmis 23 og 24.

<sup>5</sup> Asemfo, præmis 60.

hvis tilsluttede var kommuner og en interkommunal sammenslutning, der selv udelukkende omfattede kommuner. Selskabet var ikke åbent for private deltagere.

Kommunerne var opdelt i to sektorer, og disse var igen inddelt i undersektorer. Sektorerne blev styret af sektorråd med repræsentanter fra kommunerne. Bestyrelsen havde mulighed for at delegerer sine beføjelser vedrørende visse særlige problemer med hensyn til sektorerne eller undersektorerne til sektorrådene eller undersektorrådene.

Det fremgår af sagen, at det var Brutélés bestyrelse, der udøvede de mest vidtgående beføjelser. Det var bl.a. bestyrelsen, der fastsatte tariffene.

Domstolen fandt, at det var ordregivers indehavelse af kapital i den koncessionerede enhed, sammensætningen af enhedens besluttende organer og rækkevidden af de beføjelser, der var tillagt enhedens bestyrelse, der var afgørende for, om kontrolkriteriet var opfyldt.

Domstolen startede med at henvise til tidligere praksis med fokus på, om Brutélé på ovenstående grundlag havde erhvervet en vis form for kontraktmæssig status og selvstændighed, som overflødiggjorde den kontrol, der førtes af de offentlige myndigheder, som var tilsluttet Brutélé. Herefter konkluderede Domstolen, at den omstændighed, at Brutélés besluttende organer var sammensat af repræsentanter for de offentlige myndigheder, der var tilsluttet selskabet, tydede på, at sidstnævnte kontrollerede Brutélés besluttende organer og således var i stand til at udøve bestemmende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til enhedens vigtige beslutninger.

Domstolen bemærkede, at Brutélé ikke var stiftet som et andelsselskab eller aktieselskab, der kunne forfølge formål uafhængigt af dets aktionærer, men som et interkommunalt andelsselskab, der er reguleret i lov om interkommunale sammenslutninger. De interkommunale sammenslutninger var i henhold til lovgivningen ikke af erhvervs- eller forretningsmæssig karakter.

Domstolen mente at kunne udlede af loven og Brutélés vedtægter, at selskabets vedtægtsmæssige formål var udførelsen af en opgave af kommunal interesse, med henblik på hvis gennemførelse det blev stiftet, og at det ikke forfølger en interesse, der er forskellig fra opgaven for de offentlige myndigheder, som er tilsluttet det.

Herefter fandt Domstolen, at Brutélé – til trods for udstrækningen af de beføjelser, der er tillagt selskabets bestyrelse – ikke havde en selvstændighed, som udelukkede, at de kommuner, der var tilsluttet selskabet, kunne føre en kontrol med Brutélé, der svarer til den kontrol, som kommunerne førte med deres egne tjenestegrene. Dette gjaldt så meget desto mere i det tilfælde, hvor afgørelserne i forbindelse med det interkommunale andelsselskabs aktiviteter



blev truffet af bestyrelsen i sektor- og undersektorrådene inden for grænserne af de delegationer, som bestyrelsen meddelte dem. Domstolen påpegede endvidere: »Såfremt en eller flere tilsluttede kommuner således anerkendes som bestående af en sektor eller undersektor for dette selskabs aktiviteter, er den kontrol, som disse kommuner kan føre med de spørgsmål, der delegeres til bestyrelsen i sektor- og undersektorrådene, strengere end den kontrol, som de fører med alle de tilsluttede kommuner i det pågældende selskabs samlede organer.«<sup>6</sup>

Domstolen konkluderede i Coditel Brabant, at de relevante regler ikke var til hinder for, »at en offentlig myndighed uden udbud tildeler en offentlig tjenesteydelseskoncession til et interkommunalt andelsselskab, hvis deltagere alle er offentlige myndigheder, for så vidt som disse offentlige myndigheder fører en kontrol med dette selskab, der svarer til den, myndighederne fører med deres egne tjenestegrene, og det pågældende selskab realiserer hovedparten af sin virksomhed sammen med disse offentlige myndigheder.«<sup>7</sup>

#### 4. Kritik af den nuværende retsstilling

Udviklingen i praksis giver anledning til flere kritiske bemærkninger. I forbindelse med de to seneste afgørelser, Asemfo og Coditel Brabant, har der været fokus på en række spørgsmål relateret til vurderingen og betydningen af de enkelte beslutningsorganers kompetence og magtfordelingen mellem den/de offentlige myndigheder og den eksterne enhed. Disse spørgsmål er alle vigtige for forståelsen og anvendelsen af reglerne, men i det følgende fokuseres på andre spørgsmål, som har en mere fundamental natur. De helt grundlæggende spørgsmål, som har været diskuteret fra Teckal-afgørelsens afsigelse, er dels, om muligheden for at anvende in house-reglen i de tilfælde, hvor der er privat deltagelse, og dels, om der er mulighed for at anvende in house-reglen, hvor kontrollen besiddes af flere offentlige myndigheder i fællesskab. Disse spørgsmål er blevet besvaret (med henholdsvis nej og ja), men der findes stadig at være en så markant ubalance mellem de to svar og det traditionelle udgangspunkt for in house-vurderingen, at kritikken bør fremhæves her. Selv om Domstolen i Asemfo og Coditel Brabant nuancerede den tidlige linje vedrørende in house-praksis, havde de grundlæggende spørgsmål stadig afgørende betydning, idet der i begge sager var tale om fælles kontrol.

<sup>6</sup> Coditel Brabant, præmis 40.

<sup>7</sup> Coditel Brabant, præmis 42.

#### *4.1 Kritik af muligheden for fælles kontrol*

Afgørelsen i Teckal og særligt den udformning, som den har opnået i efterfølgende praksis, må ud fra den traditionelle in house-vurdering anses at være særdeles vidtgående. Omvendt må udviklingen i Teckal-doktrinen ud fra politiske synspunkter anses at være nødvendig med henblik på at imødekomme medlemsstaternes behov for, at den offentlige sektor kan organisere sig i forskellige typer af samarbejder. Uanset dette kan der anføres flere kritikpunkter i relation til muligheden for at udøve fælles kontrol. For det første synes der ud fra en snæver udbudsretlig synsvinkel ikke at være grundlag for at foretage den udvidelse af in house-begrebet, som Teckal-praksis er udtryk for. For det andet kan det diskuteres, om konkurrencehensynet bør vige for andre hensyn (hensynet til kommunernes mulighed for at organisere sig) i nærværende sammenhæng, og for det tredje kan det afslutningsvis bemærkes, at selve referencen og sammenligningsgrundlaget (at kontrollen skal svare til den kontrol, som den offentlige myndighed udøver over egne tjenestegrene) er kunstigt og ikke velvalgt. Sidstnævnte kritikpunkt behandles nedenfor i afsnit 4.3.

Der kan argumenteres for, at det politiske forhold som ligger til grund for in house-reglen (dvs. et behov for fælleskommunale samarbejder) ikke har noget med udbudsdirektiverne at gøre, da disse direktiver forfølger andre formål, nemlig formål relateret til markedsintegration.<sup>8</sup> I forlængelse heraf kunne man argumentere for, at en fortolkning af udbudsdirektiverne skulle tage udgangspunkt i de forhold, som har ligget til grund for udbudsreglerne, nemlig at overdragelse af opgaver til enheder, der er eksterne i forhold til den ordregivende myndighed, som udgangspunkt medfører udbudspligt. Det fremgår imidlertid af udviklingen i praksis, at udbudsretlige sammenhænge ikke kan opretholdes for enhver pris.

Det er eksempelvis påpeget af generaladvokat Trstenjak i forslaget til C-324/07, Coditel Brabant, at bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter er et af medlemsstaternes og de europæiske institutioners mest indflydelsesrige politiske instrumenter i forbindelse med den europæiske integrationsproces.<sup>9</sup> Samtidig anføres det, at dette potentiale ikke må anvendes uden nærmere overvejelser, idet formålet skal være i overensstemmelse med de øvrige politiske områder.

Domstolen og generaladvokaterne har i flere sammenhænge påpeget de væsentligste forhold, som begrunder in house-reglen ud fra et politisk og kommunalretligt synspunkt. Et af de vigtigste forhold i den forbindelse har

<sup>8</sup> Der nævnes således ikke noget om den kommunale organisering i udbudsdirektivets præambel.

<sup>9</sup> Forslaget til afgørelse, punkt 81.

været, at det vil umuliggøre et fælleskommunalt samarbejde, såfremt der ikke er adgang til at stifte fælleskommunale samarbejder, uden at der foretages et udbud. Som kort nævnt ovenfor, så kunne man se bort fra dette politiske og praktiske ønske blot ved en henvisning til, at der ikke i udbudsreglerne (i øvrigt) var mulighed for overdragelse af opgaver, uden at dette blev underkastet et udbud.

Ønsket om at give adgang til kommunale samarbejder umuliggør dog dette. En forudsætning for et »ægte kommunalt samarbejde« er efter generaladvokat Trstenjaks opfattelse, »at beslutninger træffes på paritetisk grundlag og ikke blot af en enkelt af de deltagende parter. Det fremgår af ... , at de anvender kriterier, der svarer til at kræve, at en enkelt lokal myndighed næsten alene skal kontrollere en sammenslutning. Det siger sig selv, at en sådan situation ikke kan betegnes som en sammenslutning henholdsvis et samarbejde.«<sup>10</sup>

Konsekvenserne ved at lade offentlige samarbejdsaktiviteter udbyde ville være, at lokale myndigheder, der samarbejder med andre lokale myndigheder, i så fald ofte skulle regne med at overdrage deres opgaver til en bedre bydende privat virksomhed, hvilket på grundlag af bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter ville være ensbetydende med en tvungen privatisering af almennyttige opgaver.<sup>11</sup>

Det er endvidere anført, at hvis det første Teckal-kriterium fortolkes snævert (dvs. én myndighed skal have kontrol over den eksterne enhed), gives de konkurrenceretlige formål en urimelig overvægt, og der foretages samtidig et alt for vidtgående indgreb i kommunernes selvstændige forvaltningsret og dermed også i medlemsstaternes kompetencer.<sup>12</sup> Det er naturligvis et værdiladet og politisk spørgsmål, hvorvidt konkurrencehensyn eller hensynet til den offentlige organisering skal være afgørende, men det kan under alle omstændigheder konstateres, at hjemlen og grundlaget for den nuværende in-house-regel ikke findes i udbudsreglerne, men derimod i en vægtning af hensyn på et mere overordnet niveau. En sådan tilgang er tilsyneladende nødvendig ud fra politiske hensyn, men kan give anledning til betænkeligheder set ud fra et generelt ønske om klarhed om udbudsrettens udvikling. I det konkrete tilfælde er det hensynet til kommunernes ret til selvstyre og til at organisere sig som det findes bedst, der har overtrumpet konkurrencehensynet, men det er ikke klart, om udviklingen med tiden også vil omfatte hensyn, som vil overtrumpe konkurrencehensynet som varetages i udbudsreglerne, el-

<sup>10</sup> Generaladvokat Trstenjak i sit forslag til afgørelse i C-324/07, Coditel Brabant, punkt 82.

<sup>11</sup> Se bl.a. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i C-458/03, Parking Brixen, punkt 68.

<sup>12</sup> Forslag til afgørelse i Coditel Brabant, punkt 84.

ler for den sags skyld, hvor langt hensynet til kommunernes selvstyre og organisering kan trækkes.

Et vægtigt led i argumentationen for at lade fælleskommunale samarbejder omfatte af in house-reglen er, at det ikke altid er let for kommuner i en tid med stramme budgetter at løse de mange offentlige opgaver (såvel nye som traditionelle). Generaladvokaternes tilgang til denne problemstilling har været, at en vigtig del af løsningen kan være et interkommunalt samarbejde uden inddragelse af privat kapital, da et sådan samarbejde »som følge af dets synergieffekt [er] en i medlemsstaterne hyppigt anvendt metode til på effektiv og billig vis at udføre almennyttige opgaver.«<sup>13</sup> Der er ikke overbevisende argumenter for, at dette udelukkende skal gælde for rent offentlige samarbejder, som generaladvokaten angiver. Som det angives nedenfor, så er formålet med offentlig-private samarbejder ligeledes at opnå en løsning på et offentligt problem eller en offentlig opgave med kvalitet og effektivitet i fokus. Der er således ud fra dette argument intet til hinder for, at offentlig-privat samarbejde ligeledes skulle kunne omfattes af in house-reglen.

#### **4.2 Privat deltagelse**

Domstolen har afvist anvendelse af in house ved privat deltagelse i det eksterne selskab. Dette virker paradoksalt netop i forlængelse af argumentet om, at det offentlige skal kunne organisere sig på en sådan måde, som giver de bedste muligheder for at løse de mange og forskellige opgaver, som kommunerne er pålagt. Offentlig-private samarbejder er netop kendetegnet ved at være samarbejder, som skal løse offentlige opgaver, og baggrunden bag disse er, at private samarbejdspartnere i mange sammenhænge kan bidrage til at løfte kvalitet og/eller effektivitet i den offentlige sektor. Det kan derfor undre, at der ikke på tilsvarende måde i Domstolens tilgang er indarbejdet muligheden for at etablere offentlig-private samarbejder i form af selskaber med både offentlig og privat deltagelse. Sådanne kan stadig etableres, men det vil kræve et udbud, hvilket vil gøre etableringen af sådanne samarbejder mindre sikkert. Man kan med rimelighed anføre, at argumentationen ovenfor vedrørende muligheden for offentlig-offentlig samarbejde på tilsvarende vis burde gælde for offentlig-privat samarbejde.

Domstolen har efter Stadt Halle-dommen begrundet afvisningen af at lade in house-undtagelsen anvende ved offentlig-private selskaber med henvisning til, at den eksterne enhed under alle omstændigheder tager hensyn til de forhold, som begrunder den private virksomheds deltagelse, hvilket typisk er andre typer af hensyn end offentlige hensyn. Dette argument er ikke overbe-

<sup>13</sup> Forslag til afgørelse i Coditel Brabant, punkt 87.

visende. For det første vil den private deltager være bekendt med, at det er særlige offentlige hensyn, som varetages i selskabet, og dermed formentlig indrette sin deltagelse i selskabet efter dette forhold. I det omfang, hvor det i enten selskabstypen eller i vedtægterne er bestemt, at der skal varetages bestemte former for aktiviteter, så bør det ikke spille nogen rolle, om der er privat deltagelse eller ej, idet selskabets aktiviteter er låst på den ene eller den anden måde. Det må i disse situationer antages, at den eller de offentlige deltagere i et selskab vil være tilstrækkeligt professionelle til at agere for at varetage de hensyn, som står nedfældet i vedtægterne eller på anden vis for selskabet, uanset at der er en mindre privat deltagelse, som ikke har mulighed for at gennemtvinge nogen form for vigtige beslutninger. Derudover er det accepteret inden for EU, at private virksomheder kan deltage i selskabskonstruktioner, hvor det er offentlige hensyn, som varetages, jf. eksempelvis definitionen på et offentlig-privat samarbejde i Kommissionens meddelelser herom.<sup>14</sup> I denne defineres OPS således, at der er tale om samarbejder mellem offentlige og private enheder, hvor der sker samarbejde om en offentlig opgave. Der synes således ikke at være nogen valid begrundelse for at afgrænse privat deltagelse under henvisning til, at der kun opnås synergi og effektivitet i forbindelse med fælleskommunale samarbejder.

Et andet forhold, som har været anvendt som begrundelse for den manglende mulighed for in house ved privat deltagelse, er, at den private deltager i en sådan enhed vil få adgang til en offentlig opgave via selskabsdannelse, uden at der afholdes udbud. Som argumentation til støtte for afvisningen af at lade in house anvende ved privat deltagelse er dette argument som udgangspunkt mere overbevisende end den første. Stadig virker den dog ikke tilstrækkelig stærk til at begrunde en fuldstændig afvisning af in house ved privat deltagelse. Eksempelvis vil den private fordel af den opnåede kontrakt typisk være begrænset i overensstemmelse med graden af det private ejerskab og indflydelse i selskabet. Samtidig kan den offentlige indflydelse endvidere manifestere sig således, at den eksterne enhed ikke forfølger profitmaksimering, hvorved motivationen til og gevinsten ved eventuelt at deltage i et ellers offentligt ejet selskab i sagens natur er begrænset.

Man kunne endvidere argumentere for, at der kan være en forskel mellem statslige og på den anden side kommunale opgaver og interesser, som kan sidestilles med de forskelle mellem offentlige og private, som i virkeligheden begrunder, at in house-reglen ikke kan anvendes ved enheder, som har en privat deltagelse. Godt nok vil både stat, region og kommune have offentlige hensyn som hovedmotivation, men baggrunden for deres inddragelse i et sel-

<sup>14</sup> Se KOM (2004) 327, se særligt pkt. 1.1.

skab kan, på baggrund af forskelle i forpligtelser og ansvar i forhold til de aktiviteter, som udøves af den eksterne enhed, variere på samme måde, som det er tilfældet mellem kommunal og privat.

#### **4.3 Ubalance og retsfiktion**

Situationen er den, at privat deltagelse i en virksomhed (med eksempelvis 1 % af kapitalen), som ellers er ejet af én offentlig myndighed, medfører, at denne offentlige myndighed ikke kan anvende in house-muligheden, selvom de to betingelser, som er opstillet i Teckal, klart opfyldes. Her vil den offentlige enhed utvivlsomt kunne disponere over virksomheden på en måde som svarer til den måde, som den offentlige myndighed kontrollerer og råder over egne tjenestegrene. Derimod kan en offentlig myndighed anvende in house-undtagelsen i de situationer, hvor den pågældende myndighed kun er indehaver af en bagatelagtig andel (under 1 %) af den eksterne virksomhed, så længe enheden udelukkende er kontrolleret af (andre) offentlige enheder. Dette virker ude af balance.

Isoleret set kan der være merit i såvel afvisningen af at lade in house-reglen anvende på selskaber med privat deltagelse, som i legitimeringen af fælles kontrol. Når disse elementer fra praksis ses samlet, virker billedet dog uharmonisk og skævt.

Udviklingen i praksis kunne tyde på, at Domstolen ikke fra starten af var helt klar over, præcist hvilken retning man havde tænkt sig, at praksis skulle trækkes. I Teckal-sagen og de første sager efter denne var kursen ikke helt tydelig, og et eksempel ses i det vigtige spørgsmål, om der er en bagatelgrænse for, hvor lille en selskabsandel der muliggør anvendelse af in house-reglen.<sup>15</sup> Det samme kan være tilfældet i forbindelse med fælles kontrol. Det kan under alle omstændigheder konstateres, at Domstolen først sent udtrykkeligt accepterede anvendelse af fælles kontrol. Såfremt Domstolen fra starten havde ønsket den linje, som nu er valgt, kunne man også have formuleret et mere præcist sammenligningsgrundlag for, hvilken type af kontrol, som findes tilstrækkelig til opfyldelse af kontrolkriteriet. Det fremgår imidlertid ganske klart, at der i forbindelse med fælles kontrol ikke foreligger en sådan kontrol, som kan sammenlignes med den kontrol, som en offentlig enhed udøver over egne tjenestegrene. »Egne tjenestegrene« må i den forbindelse naturligt forstås som de interne afdelinger, som kommunen har rådighed over.

Hverken Domstolens konklusion i forhold til afgrænsningen af offentlig-private selskaber eller konklusionen i forhold til offentlig fælles kontrol synes oplagt ud fra kontrolkriteriets umiddelbare formulering. Alle forholdene pe-

<sup>15</sup> Se forskellen mellem C-231/03, Coname og C-295/05, Asemfo i afsnit 3.2.1 ovenfor.

ger i retning af, at forbindelsen mellem den konkrete kontrolsituation og det opstillede kriterium er en legal fiction, en retsfiktion. En retsfiktion er en faktisk formodning, som en domstol foretager og anvender for at skulle støtte sin afgørelse, uanset at formodningen ikke er baseret på virkelige forhold. I forbindelse med Teckal-praksis består retsfiktionen i, at man antager, at der er tale om en kontrol, som svarer til den, som den offentlige myndighed udøver over egne tjenestegrene i de tilfælde, hvor flere offentlige myndigheder i fællesskab har en kontrol. Tilsvarende synes det ikke at være baseret på virkelige forhold, at Domstolen blankt afviser selv en minimal deltagelse til trods for, at en offentlig myndighed efter omstændigheder ganske klart kan have en kontrol, der svarer til kontrollen over egne tjenestegrene over en enhed, hvor der er en minimal privat deltagelse.

Retsfiktionen har i denne forbindelse til formål at skabe en legitim sammenhæng med den traditionelle in house-situation. Såfremt der i Teckal-afgørelsen var opstillet en anden betingelse for måling af kontrol, ville Domstolen vanskeligt kunne legitimere sammenhængen med den traditionelle in house-opfattelse.

En retsfiktion kan være et fornuftigt redskab til skabelse af en brugbar prøvelsesmodel for Domstolen, men i dette tilfælde synes sammenhængen mellem de faktiske forhold og den formodede situation at virke utroværdig, hvilket med tiden kan svække legitimiteten og forudberegneligheden af prøvelsen.

# Broccoli – er det ikke en spise?

af

*Malene Rowlandson Stockholm*

Jo – det er det. Men det er også omdrejningspunktet for en verserende patentsag.<sup>1</sup> Det patent (EP1069819), som sagen drejer sig om, vedrører en metode til frembringelse af en broccoliplante med et forøget indhold af kræftbekæmpende glucosinolater.<sup>2</sup> At det omhandlede patent nu behandles af det øverste appelkammer under den Europæiske Patent Organisation (EPO), skyldes sagens principielle karakter.<sup>3</sup> Patentets gyldighed afhænger nemlig af, hvorledes det patentretlige forbud mod patentering af væsentligt biologiske fremgangsmåder skal forstås, jf. artikel 53b i den Europæiske Patentkonvention (herefter EPK). Bestemmelsen svarer til den danske patentlov (PTL) § 1, stk. 5.<sup>4</sup> Da praksis på området peger i forskellige retninger, er den ventede afgørelse af overordentlig stor betydning for den Europæiske patentret.

## 1. Problemstilling

Det springende punkt er, hvorvidt en ikke-mikrobiologisk fremgangsmåde til fremstilling af planter, som omfatter krydsning og udvælgelse af planter, falder uden for undtagelsens anvendelsesområde alene af den årsag, at

<sup>1</sup> Sagens referencenummer er G 2/07.

<sup>2</sup> Titlen på opfindelsen lyder: »Method for selective increase of the anticarcinogenic glucosinolates in Brassica species«.

<sup>3</sup> Artikel 112, stk. 1 EPK lyder: »In order to ensure uniform application of the law, or if a point of law of fundamental importance arises; (a) the Board of Appeal shall, during proceedings on a case and either of its own motion or following a request from a party to the appeal, refer any questions to the Enlarged Board of Appeal if it considers that a decision is required for the above purposes. If the Board of Appeal rejects the request, it shall give the reasons in its final decision«.

<sup>4</sup> Ordlyden af artikel 53b er stort set identisk med Strasbourg-konventionens artikel 2b. Den eneste forskel er, at sidstnævnte ikke er obligatorisk i modsætning til, hvad der følger af artikel 53b EPK.



fremgangsmåden indebærer et element af teknisk karakter? Et sådant element kan enten være i form af et selvstændigt led i den ikke-mikrobiologiske fremgangsmåde eller indgå som en del af selve krydsningen eller udvælgelsen.<sup>5</sup>

Hvis svaret på det første spørgsmål er nej, er det afgørende at finde ud af, hvilke relevante kriterier, sondringen mellem fremgangsmåder, som falder inden for og uden for bestemmelsens anvendelsesområde, er baseret på. I den sammenhæng er det særligt vigtigt at klarlægge, hvorvidt det har betydning, hvilke dele af opfindelsen der må anses for centrale. I forlængelse heraf er det naturligvis også væsentligt at finde ud af, om det er relevant, hvorvidt den tekniske dimension, som den pågældende ikke-mikrobiologiske fremgangsmådes er karakteriseret ved, udgør andet og mere end blot et ubetydeligt bidrag til opfindelsen.

## 2. Patenterbarheden af biologisk materiale

For at en opfindelse kan anses for patenterbar, skal den være ny, have opfindeshøjde og være industrielt anvendelig.<sup>6</sup> Disse krav gælder også opfindelser vedrørende biologisk materiale. At biologisk materiale er patenterbart, er hævet over enhver tvivl, jf. § 1, stk. 6 PTL.<sup>7</sup> Selvom en opfindelse vedrørende biologisk materiale isoleret set måtte opfylde disse krav, så følger det af § 1, stk. 5 PTL, at opfindelsen er undtaget fra patentering, hvis den vedrører en væsentligt biologisk fremgangsmåde til fremstilling af dyr eller planter. Det er således helt afgørende for opfindelsens patenterbarhed, at opfindelsen ikke antages at vedrøre en sådan væsentligt biologisk fremgangsmåde jf. PTL § 1, stk. 5.

PTL § 1, stk. 5 lyder: »Patent meddeles ikke på væsentligt biologiske fremgangsmåder til fremstilling af planter eller dyr. Med væsentligt biologisk fremgangsmåde forstås i denne lov en fremgangsmåde, der i sin helhed beror på naturlige fænomener som krydsning eller udvælgelse. Patent kan

<sup>5</sup> Den ordrette udgave af spørgsmålet lyder: »Does a non-microbiological process for the production of plants which contains the steps of crossing and selecting plants escape the exclusion of Article 53(b) EPC merely because it contains, as a further step or as part of any of the steps of crossing and selection, an additional feature of a technical nature«, jf. T 083/05 af 22. maj 2007 s. 48.

<sup>6</sup> Jf. §§ 1 og 2 PTL.

<sup>7</sup> § 1, stk. 6 PTL, som svarer til Artikel 2 i Direktiv 98/44/EF, lyder: »Opfindelser kan være patenterbare, også selvom de vedrører et produkt, der består af eller indeholder biologisk materiale, eller vedrører en fremgangsmåde til fremstilling, bearbejdning eller anvendelse af biologisk materiale. Biologisk materiale, der er isoleret fra sit naturlige miljø eller frembragt ved hjælp af en teknisk fremgangsmåde, kan være genstand for en opfindelse også selvom det i forvejen findes i naturen. Med biologisk materiale forstås i denne lov materiale, som indeholder genetisk information, og som kan reproducere sig selv eller kan reproducere i et biologisk system«. At sådanne opfindelser også er patenterbare i henhold til EPK følger bl.a. af Artikel 52, stk. 1, som præciserer, at opfindelser kan patenteres på alle teknologiske områder.

dog meddeles på mikrobiologiske fremgangsmåder eller andre tekniske fremgangsmåder eller et produkt, der er frembragt ved sådanne fremgangsmåder. Med mikrobiologisk fremgangsmåde forstås i denne lov enhver fremgangsmåde, der udnytter et mikrobiologisk materiale, udføres på et mikrobiologisk materiale eller frembringer et mikrobiologisk materiale«.

### 3. Opfindelser undtaget fra patentering

Det, at man fra lovgivers side har valgt at undtage en bestemt type opfindelse fra patentering, er ikke et enkeltstående eksempel. Inden for patentretten, er der flere typer af opfindelser, som er undtaget fra patentering. Fælles for en stor del af disse lovbestemte undtagelser og særzoner er, at de har en lang tradition bag sig. Dertil kommer, at de i høj grad er begrundet ud fra en betragtning om, at det tjener samfundet bedst, at visse typer af opfindelser ikke underlægges enerettens begrænsninger.<sup>8</sup> Et eksempel på en sådan type opfindelse er fremgangsmåder til kirurgisk eller terapeutisk behandling eller til diagnosticering, som anvendes på mennesker eller dyr.<sup>9</sup> Bestemmelsen, som er udtryk for, at lægeverdenens viden og kunnen ikke skal kunne monopoliseres, illustrerer bestræbelserne på at sikre et afbalanceret patentsystem. Et system der både tilgodeser hensynet til den enkelte opfinder på den ene side og hensynet til at varetage almenhedens interesse på den anden side.

Da et patent giver indehaveren en ret til at forhindre tredjemand i at udnytte opfindelsen industrielt, er det således helt essentielt, at denne adgang modsvares af en række indskrænkninger og undtagelser, hvor hensynet til almenvellet taler herfor. Det er i det lys, at undtagelsen vedrørende væsentligt biologiske fremgangsmåder skal ses. På samme vis gælder det for opfindelser vedrørende plantesorter og dyreracer. Disse er i dansk ret undtaget fra patentering i medfør af PTL § 1, stk. 4.<sup>10</sup> Årsagen til, at planteforædlingen ikke kan beskyttes via patentsystemet, er, at man fra lovgivers side har ønsket at undgå dobbeltbeskyttelse. Retsbeskyttelsen af planteforædling ud-

<sup>8</sup> I Danmark var det eksempelvis først i 1988, at man forlod særreglerne om undtagelsen af næringsmidler og lægemidler og fremgangsmåder ved tilvirkning af disse fra patentering, jf. BKG 511/23.8.1988 med virkning fra 1.1. 1989.

<sup>9</sup> Bestemmelsen er ikke til hinder for, at der meddeles patent på produkter, herunder stoffer og stofblandinger, til brug i disse fremgangsmåder.

<sup>10</sup> I EPK udgør undtagelsen af plantesorter og dyreracer en del af den bestemmelse, som også undtager væsentligt biologiske processer, jf. artikel 53b EPK. Årsagen til, at plantesorter ikke kan beskyttes via patentsystemet, er, at man fra lovgivers side har ønsket at undgå dobbeltbeskyttelse. Retsbeskyttelsen af planteforædling af plantesorter har nemlig sin internationale basis i den såkaldte UPOV-konvention (Union internationale pour la protection des obtentions végétales). EF-sortsbeskyttelsen, som er muliggjort i medfør af artikel 5 af Rådets Forordning nr. 2100/94, som ændret ved Forordning nr. 873/2004 af 29.4.2004, bygger i det store hele på UPOV-konventionen. I Danmark er det lov nr. 145/1.3.2001 med senere ændringer, som regulerer dette område.

gør nemlig et selvstændigt retsområde og har sine rødder i den såkaldte UPOV Konvention (Union internationale pour la protection des obtentions végétales).<sup>11</sup> De to regelsæt (patentretten og forædlerretten) kompletterer således hinanden i relation til planter.<sup>12</sup>

For at blive klogere på bestemmelsens tiltænkte anvendelsesområde er det oplagt at søge vejledning i forarbejderne til bestemmelsen.<sup>13</sup> Ifølge disse har formålet med bestemmelsen været at sikre, at biologiske fremgangsmåder og processer ikke anses som patenterbare alene af den grund, at der til fremgangsmåden er tilføjet en (ubetydelig) teknisk dimension, jf. eksempelvis Europarådets bemærkninger til den foreslåede ændring af bestemmelsen i udkastet til Konventionen.<sup>14</sup> At man fra lovgivers side anså og fremhævede, at »biologiske processer« er det modsatte af »tekniske processer«, hænger sammen med den klassiske sondring, som patentretten hviler på, nemlig sondringen mellem patenterbare opfindelser versus ikke-patenterbare opdagelser. Udover sondringen mellem biologisk versus teknisk fremgår det endvidere af forarbejderne, at lovgiver bevidst valgte brugen af ordet »essentially« (væsentligt) i stedet for brugen af den noget snævre definition »purely« (alene).<sup>15</sup>

Af forarbejderne følger det således, at lovgiver anså planteforædlingsprocesser baseret på udvælgelse og krydsning som værende omfattet af bestemmelsen, selv hvor der til processen er knyttet en underordnet funktion, som kendetegnes ved brugen af en teknisk anordning eller på anden vis må

<sup>11</sup> EF-sortsbeskyttelsen, som er muliggjort i medfør af artikel 5 af Rådets Forordning nr. 2100/94, som ændret ved Forordning nr. 873/2004 af 29.4.2004, bygger i det store hele på UPOV-konventionen. I Danmark er det lov nr. 145/1.3.2001 med senere ændringer, som regulerer dette område.

<sup>12</sup> Tilsvarende regler findes imidlertid ikke på området for dyreforædling, hvilket med rette har givet anledning til en del kritik.

<sup>13</sup> At disse er få, skyldes højst sandsynligt det faktum, at man på tidspunktet for bestemmelsens tilblivelse tilbage i 1960'erne ikke anså emnet for særligt betydningsfuldt. Dette udgangspunkt har den bioteknologiske udvikling imidlertid ændret.

<sup>14</sup> Jf. EXP/Brev 61/8 s. 4 -5, hvori det præciseres at: »The processes for the production of plants or animals referred to in the new text include those which may produce known varieties as well as those which may produce new ones it being understood that only new varieties can eventually qualify for protection in themselves. Selection or hybridisation of existing varieties may be mentioned as examples of such processes (in vegetable kingdom). The new text specifies that the processes which may be ineligible for patents are essentially (and no longer purely) biological. It was evident that the exclusion which were fundamentally of this type even if, as a secondary feature, technical devices were involved (use of a particular type of instrument in a grafting process, or of a special greenhouse in growing a plant), it being understood that such technical devices may perfectly well be patented themselves, but not the biological process in which they are used« I udvalgets rapport til ministrene blev denne forklaring gentaget nærmest ordret, jf. DOK: CM (62), 160 s. 4, paragraf 7.

<sup>15</sup> Jf. Det første udkast til konventionsbestemmelsen i Europarådet, jf. Dok. EXP(Brev (61) 2 rev., s. 26.

anses for teknisk.<sup>16</sup> I den forbindelse er det dog værd at bemærke, at bioteknologien siden da har undergået noget nær en revolution, og at dette dermed kan få indflydelse på vurderingen af, hvornår en fremgangsmåde må anses som væsentligt biologisk.

#### 4. Praksis på området

Undtagelsesbestemmelsen vedrørende væsentligt biologiske fremgangsmåder har været behandlet af EPO's appelkamre ad flere omgange. I T320/87 var spørgsmålet, om et fremgangsmådekrav på en hybridforædling af frø inden for brassica-slægten (kål) faldt inden for eller uden for undtagelsesbestemmelsen vedrørende væsentligt biologiske fremgangsmåder.

Førsteinstanskammeret anså opfindelsen for at være en væsentligt biologisk fremgangsmåde og afviste derfor patentansøgningen. Afvisningen blev begrundet med, at vurderingen af, om en fremgangsmåde falder inden for definitionen af en væsentligt biologisk fremgangsmåde, skal baseres på arten af den menneskelige indgriben. Det er altså ikke omfanget af menneskelig indgriben, men derimod karakteren af den, som ifølge førsteinstanskammeret er af betydning for afgørelsen.<sup>17</sup> I den sammenhæng pointeredes det, at det aldrig havde været omdiskuteret, at klassiske avlsmetoder var at betragte som »væsentligt biologiske processer«, selvom omfanget af menneskelig indgriben og kontrol måtte være af en anelig størrelse.

Afgørelsen blev dog omstødt af appelkammeret og patentansøgningen derfor henvist til fornyet behandling. I sin begrundelse fastslog appelkammeret, at vurderingen af, om en ikke-mikrobiologisk proces var at anse som en »væsentligt biologisk proces«, både skulle foretages på baggrund af selve opfindelsens essens og tage hensyn til omfanget og indflydelsen af menneskelig indgriben. Her blev begge aspekter altså anset for relevante.

Det blev dog også påpeget, at nødvendigheden af menneskelig indgriben ikke i sig selv kan medføre, at en fremgangsmåde ikke er »væsentligt biologisk«. Det eneste man kan udlede af det faktum, lød argumentet, er, at fremgangsmåden ikke er fuldstændig biologisk (purely). På baggrund heraf mente appelkammeret altså ikke, at spørgsmålet alene kan afgøres ud fra en vurdering af, om den menneskelige indgriben er af enten en kvalitativ eller kvantitativ karakter.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Jf. også T 0083/05 s. 60, paragraf 42.

<sup>17</sup> »The »quantity« of human intervention in a biological process was not decisive in this respect. Rather, the »quality« of the human intervention had to be decisive in determining whether a process was biological in its essence or not«, jf. T320/87 sammendrag af afgørelsen s. 1.

<sup>18</sup> »The Board takes the view that whether or not a (non-microbiological) process is to be considered as »essentially biological« within the meaning of Article 53b EPC has to be judged on the basis of the essence of the invention taking into account the totality of human intervention and its impact on the result achieved. It is the opinion of the Board that the necessity for human intervention alone is not yet a sufficient criterion for its not being »essen-

Den fornyede behandling af patentansøgningen faldt efterfølgende ud til fordel for appellanten. Det konkluderedes nemlig, at de omhandlede fremgangsmådekrav repræsenterede en essentiel modifikation af velkendte biologiske og klassiske planteavlsprocesser, hvis effektivitet og høje udbytte var af ikke ubetydelig teknisk karakter.

I T19/90, som vedrørte patenterbarheden af en gensplejset mus, fandtes undtagelsen vedrørende væsentligt biologiske fremgangsmåder ikke anvendelig på fremgangsmådekrav vedrørende frembringelsen af transgenetiske ikke-humane pattedyr (non-human mammals). Begrundelsen relaterede sig til selve fremgangsmåden. Det blev fremhævet, at det omhandlede kræftfremkaldende onco-gen først ved et teknisk indgreb blev indført i en vektor for derefter at blive mikro-injiceret ind i musen på dens embryonalstadiet, hvorfor der ikke var tale om en væsentligt biologisk fremgangsmåde.<sup>19</sup>

På tilsvarende vis blev det i T356/93 statueret, at den beskrevne genmodificering var af en så teknisk karakter, at opfindelsen ikke kunne anses som en væsentligt biologisk fremgangsmåde. Til støtte for dette resultat blev det påpeget, at dette led (genmodificeringen) af opfindelsen var af afgørende betydning for opnåelse af det ønskede resultat. Derudover blev nødvendigheden af menneskelig indgriben også fremhævet, idet denne ansås som værende af central betydning for opfindelsen.

I 1054/96 udgjorde fortolkningen af artikel 53b igen omdrejningspunktet for en patentsag.<sup>20</sup> Pga. sagens principielle karakter, blev en række fortolkningsmæssige spørgsmål henvist til det øverste appelkammer. Et af disse spørgsmål gik på, hvordan bestemmelsens henvisning til væsentligt biologiske opfindelser skal forstås, og i den forbindelse blev der af nævnet opstillet tre potentielle fremgangsmåder.<sup>21</sup>

Den første af disse fremgangsmåder baserede sig på praksis vedrørende fortolkningen af undtagelsen vedrørende diagnostiske/terapeutiske metoder i artikel 53c (dengang artikel 52, stk. 4).<sup>22</sup> Heraf følger det, at et fremgangsmådekrav vedrørende fremstilling og forædling af planter alene må bestå af klart specificerede ikke-biologiske processer, og at et sådant krav ikke må omfatte et eneste led af processen, som kan anses som væsentligt biolo-

---

tially biological«. Human interference may only mean that the process is not a »purely biological« process, without contributing anything beyond a trivial level. It is further not a matter simply of whether such intervention is of a quantitative or qualitative character«, jf. T320/87 Afgørelsens præmisser, paragraf 6, O.J. EPO nr. 1990, s. 71

<sup>19</sup> Inden for den molekylære genetik er en vektor et dna-molekyle, som benyttes til at overføre et gen til en celle eller organisme. Genet splejses så at sige ind i vektoren, der kan være et plasmid eller virus-dna.

<sup>20</sup> Den omhandlede patentansøgning (EF91810144.5) Titlen på den omhandlede opfindelse var: »anti-pathogenically effective compositions comprising lytic peptides and hydrolytic enzymes«

<sup>21</sup> Jf. T 1054/96, Afgørelsens præmisser, paragraf 25 – 29.

<sup>22</sup> Jf. eksempelvis T820/92, OJ EPO 1995 s. 113.

gisk.<sup>23</sup> Den anden model baserer sig på ræsonnementerne, som anvendtes i T 320/87, hvorefter selve opfindelsens essens og omfanget og arten af indflydelsen af menneskelig indgriben spiller en central rolle.

Endelig fremlagdes en potentiel model, ifølge hvilken der primært bør fokuseres på, om der kan identificeres mindst én ikke-biologisk fremgangsmåde. Kan en sådan fremgangsmåde identificeres, ændrer det, ifølge denne opfattelse, ikke på en opfindelses patenterbarhed, at de øvrige stadier i opfindelsen måtte kunne karakteriseres som værende sådanne: Væsentligt biologiske. Eftersom appellanten efterfølgende ændrede patentkravene, afstod det øverste appelkammer dog fra at tage stilling til de materielle tvivls spørgsmål vedrørende bestemmelsens anvendelsesområde.<sup>24</sup>

### 5. Forholdet mellem Regel 26(5) og Artikel 53b

Den 19. juni 1999 besluttede EPO's Administrative Råd at implementere Direktiv 98/44/EF om retlig beskyttelse af bioteknologiske opfindelser (Direktivet).<sup>25</sup> På baggrund heraf blev der derfor indført et nyt kapitel (kapitel VI) i den til EPK tilhørende Implementeringsforskrift. En af disse nye regler, Regel 23b(5), nu Regel 26(5), lyder: »A process for the production of plants or animals is essentially biological if it consists entirely of natural phenomena such as crossing or selection« (En fremgangsmåde til forædling af planter og dyr er overvejende biologisk, når den i sin helhed beror på naturlige fænomener som krydsning eller udvælgelse).

Som det fremgår af Regel 26, stk. 1, er formålet med implementeringen af Direktivets bestemmelser at sikre en ensartet europæisk patentret. Det anføres samme sted, at Direktivet skal anvendes som fortolkningsmæssigt supplement.

I forbindelse med introduktionen af den nye regel i implementeringsforskriften blev det fremhævet, at reglen i overensstemmelse med Direktivets artikel 2, stk. 2 giver et mere præcist bud på, hvornår fremstillingen af planter og dyr må anses som værende væsentligt biologisk.<sup>26</sup> Men, som det også fremhæves i T 83/05, så giver formuleringen i regel 26(5) dog fortsat anledning til nogen tvivl. På den ene side bliver det nemlig fremhævet, at en fremgangsmåde for at falde ind under bestemmelsen skal bestå af biologiske processer i sin helhed (entirely). På den anden side bliver krydsning og ud-

<sup>23</sup> Jf. T 1054//96, Afgørelsens præmisser, paragraf 27 som lyder: »The consequences of such an approach would be that to be considered as »non-essentially biological«, the claimed process for producing plants should only comprise clearly identified non-biological process steps and no essentially biological steps«.

<sup>24</sup> Jf. T 1054//96, Afgørelsens præmisser, paragraf 29, gengivet i G1/98, Afgørelsens præmisser, paragraf 6, OJ. EPO, nr. 3. 2000 s. 140.

<sup>25</sup> Jf. OJ EPO 1999, 573 paragraf 19.

<sup>26</sup> Forinden vedtagelsen af Direktivets artikel 2, stk. 2 gennemgik bestemmelsen en lang række ændringer i forhold til det første forslag indeholdt i COM (88) 496 fin/SYN 159 jf. EF-tidende nr. C10/3 af 13. januar 1989.

vælgelse derimod fremhævet som eksempler på sådanne naturlige fænomener, som ikke kan patenteres. Selvom sigelsen i dette sidste led skal ses i lyset af det faktum, at den systematiske krydsning og udvælgelse, som traditionelle planteforædlingsteknikker baserer sig på, ikke ville have fundet sted ad naturlig vej uden menneskelig indgriben.

Til trods for disse uklarheder, så giver appelkammeret i T 83/05 dog udtryk for, at Regel 23b (5) nødvendigvis må forstås således, at enhver fremgangsmåde, som ud over naturlige fænomener indeholder et teknisk skridt, må anses for at falde uden for undtagelsesbestemmelsens område.<sup>27</sup> Af denne grund stiller appelkammeret sig derfor tvivlende over for det af det Administrative Råd offentliggjorte udsagn om, at reglens anvendelse stemmer overens med hidtidig praksis under EPO.<sup>28</sup> Praksis på området fremhæver jo i vidt omfang vigtigheden af at se på opfindelsen i sin helhed, og at den tekniske del af fremgangsmåden skal være andet og mere end et ubetydeligt bidrag.

Selvom der således ikke er overensstemmelse mellem EPO's praksis på området og læren efter implementeringsforskriftens Regel 23b (5), så er der dog hjælp at hente. For det første kan det udledes, at Konventionens bestemmelser har forrang frem for Implementeringsforskriftens regler i tilfælde af uoverensstemmelser, jf. artikel 164 (2) EPK. Såfremt den administrative praksis, som har udviklet sig forinden implementeringen af regel 23b (5), er et udtryk for den måde, hvorpå undtagelsen vedrørende væsentligt biologiske processer skal forstås, er det derfor svært at forestille sig, at dette skulle have ændret sig ved implementeringen af de nye regler i Implementeringsforskrifterne.<sup>29</sup>

Det er netop på baggrund af en tilsvarende sammenstilling mellem EPO's praksis på området og en naturlig forståelse af Regel 23b, at appelkammeret i T 83/05 når frem til, at læren efter Regel 23b (5) må vige i det omfang, de to bestemmelser kolliderer. Dette forudsætter naturligvis, at EPO's hidtidige praksis lægges til grund og anerkendes. Men der er endnu ikke truffet nogen afgørelse, om det i konfliktsituationer er artikel 53b eller Regel 23b, der skal finde anvendelse. Af T 1054/96 kan man dog udlede, at appelkamrene trods alt har været opmærksomme på problemstillingen, om end man ikke i den konkrete sag fandt grund til at adressere spørgsmålet.<sup>30</sup> At der trods de nævnte forskelle er blevet henvist til Regel 23b, er T 315/03 dog et eksempel på. I denne sag, som drejede sig om en gensplejset gnaver, afviste en indsigelse baseret på § 53b EPK nemlig med henvisning til Regel 23b (5). Når henses til de i T19/90 anførte argumenter vedrørende den omhandlede fremgangsmåde til fremstilling af den gensplejsede mus (nu ændret til gna-

<sup>27</sup> Jf. T 83/05, Afgørelsens præmisser, paragraf 54 s. 37.

<sup>28</sup> Jf. OJ EPO 1999, 573 paragraf 19.

<sup>29</sup> Jf. eksempelvis også T 39/93 Afgørelsens præmisser, paragraf 3.2. OJ EPO 1997 s. 134.

<sup>30</sup> Jf. T 1054/96, Afgørelsens præmisser, paragraf 3.

ver), er der dog ikke tvivl om, at et lignende resultat ville være nået, hvis afgørelsen havde baseret sig på artikel 53b.<sup>31</sup>

#### 6. T 83/05 (G 2/07)

Spørgsmålet om, hvilken fortolkningsmodel artikel 53b skal underlægges, får, som indledningsvis nævnt, betydning for gyldigheden af patent EP1069819 (fremgangsmåde til forædling af broccolisort med forhøjet indhold af kræftbekæmpende glucosinolater). Med henblik på en diskussion heraf følger derfor en summarisk gennemgang af patentets karakteristika og sagens hovedpunkter.

Ifølge patentbeskrivelsen omhandler det første patentkrav en fremgangsmåde til fremstilling af planten »Brassica Oleracea«. Selve fremgangsmåden består af flere led, hvor krydsning og udvælgelse finder sted. Den første krydsning, der finder sted ifølge den angivne fremgangsmåde, foretages mellem en bestemt vild broccolisort Brassica Oleracea og en forædlet broccolilinje (a). Af de hybride planter, som denne krydsning giver, udvælges kun de planter, som har et forøget indhold af mindst en af de kræftbekæmpende glucosinolater (b). Det tredje skridt i den beskrevne fremgangsmåde består herefter i tilbagekrydsning og udvælgelse (c). Det betyder derfor, at de udvalgte hybrider atter igen bliver krydset med den førnævnte forædlede broccolilinje, hvorefter planter med forhøjet indhold af mindst en af de eftertragtede glucosinolater igen udvælges (d).<sup>32</sup> Til sidst afsluttes fremgangsmåden med at udvælge en broccolilinje med de ønskede egenskaber. I relation til udvælgelsen af de egnede hybrider fremhæves det endeligt i patentbeskrivelsen, at der er anvendt dna-markører.

Med henvisning til at mindst tre led i den omhandlede fremgangsmåde (1. patentkrav) afhænger af menneskelig indgriben, argumenterede patentindehaveren, at opfindelsen nødvendigvis må falde uden for undtagelsen vedrørende væsentligt biologiske fremgangsmåder. Derudover påstod patentindehaveren også, at brugen af dna-markører måtte være at anse som et teknisk skridt, da denne teknik kræver, at plantevævet analyseres in vitro (altså uden for den levende organisme, typisk i et reagensglas).<sup>33</sup>

To yderligere argumenter blev fremført til støtte for patentets gyldighed. Det ene argument støttede sig på det faktum, at startmaterialet (den forædlede haploide broccolilinje) til brug for den nævnte fremgangsmåde ikke forekommer i naturen. Dvs. at der deraf sluttes, at den nævnte metode er af teknisk karakter og derfor patenterbar.

Endelig lød det sidste argument, at den vilde broccoliart, som anvendes i fremgangsmådens første del (a), kun gror i geografisk fjerntliggende områ-

<sup>31</sup> Jf. T 0083/05, Afgørelsens Præmisser, paragraf 61.

<sup>32</sup> Tilbagekrydsning består groft sagt i at krydse afkommet af en krydsning (hybriden) med en af de oprindelige sorter eller en sort, der er genetisk tilsvarende.

<sup>33</sup> In vitro stammer fra latin og betyder »i glas«.



der. Af denne årsag er det ifølge patentindehaveren ikke sandsynligt, at denne art vil hybridisere med den forædlede broccolilinje, medmindre disse bringes sammen ved menneskelig mellemkomst.

Lægges den fremgangsmåde, som Regel 26(5) er eksponent for, til grund, følger det, at de indledende stadier (b og c) af fremgangsmåden, hvori dna-markører anvendes, må anses som tilstrækkelige til at bringe den samlede opfindelse uden for artikel 53b. Årsagen er, at metoden (brugen af dna-markører) fordrer, at det pågældende plantemateriale underlægges en analytisk proces i et laboratorium, hvorfor det er at sidestille med et teknisk skridt.

Hvis udgangspunktet derimod er, at fortolkningen af artikel 53b skal ske i lyset af EPO's administrative praksis på området (eksempelvis T 320/87 og T 356/93), ja så er det bestemt ikke sikkert, at nogen af de af patentindehaveren fremførte argumenter vil medføre, at fremgangsmådekravet falder uden for bestemmelsens anvendelsesområde. Dette skyldes som sagt, at det er blevet fremhævet, at nødvendigheden af menneskelig indgriben ikke i sig selv kan medføre, at en fremgangsmåde ikke er væsentligt biologisk. Det eneste man kan udlede af det faktum, er ifølge appelkammeret i T320/87, at fremgangsmåden ikke er fuldstændig biologisk (purely). På baggrund heraf mente appelkammeret altså ikke i T 320/87, at spørgsmålet alene kan afgøres ud fra en vurdering af, om den menneskelige indgriben er af enten en kvalitativ eller kvantitativ karakter. Omfanget og arten af den menneskelige indgriben skal dog naturligvis indgå i den samlede vurdering af opfindelsens essens.

At opfindelsen alligevel endte med at blive patenteret i den nævnte sag skyldtes, at man i den fornyede behandling af ansøgningen fandt, at de forskellige led i det indbragte fremgangsmådekrav samlet set repræsenterede en essentiel modifikation af velkendte biologiske og klassiske planteavl processer, hvis effektivitet og høje udbytte var af ikke ubetydelig teknisk karakter.<sup>34</sup>

### 6.1 Ræsonnementerne

Ifølge appelkammeret i den verserende sag (G2/07) er brugen af dna-markører generelt set en velkendt måde at udvælge planter med særlige egenskaber på. Hertil kommer, at metoderne til at finde frem til disse markører og fremstille sådanne tilsyneladende også var velkendte på tidspunktet for indleveringen af patentansøgningen og også havde været anvendt i rela-

<sup>34</sup> Jf. T 320/87 Afgørelsens præmisser, paragraf 6. Jf. også T356/93 Afgørelsens Præmisser paragraf 27. I den nævnte sag nåede appelkammeret dog efter en samlet vurdering frem til, at det pågældende fremgangsmådekrav faldt uden for undtagelsesbestemmelsens område. Endvidere blev det også fremhævet, at lige præcis dette element havde en afgørende indflydelse på det endelige resultat.

tion til brassica-arten.<sup>35</sup> Af denne årsag konkluderes det derfor med rette, at dette aspekt ikke tilføjer andet og mere til opfindelsen, end hvad der er almindelig udbredt viden inden for den pågældende fagkundskab. Brugen af Dna-markører udgør således ikke et tilstrækkeligt innovativt og selvstændigt teknisk skridt til i denne sammenhæng at bringe opfindelsen uden for artikel 53b ifølge denne fortolkning.

For så vidt angår udledningen og brugen af de omhandlede dobbelt haploide broccolilinjer, når appelkammeret på samme vis frem til, at dette ikke i sig selv udgør et tilstrækkeligt teknisk skridt til at bringe opfindelsen uden for undtagelsesbestemmelsens anvendelsesområde.<sup>36</sup> Endelig udhules så også patentindehaverens argument om, at det ikke er sandsynligt, at den pågældende broccoliart vil hybridisere med den forædlede linje ad naturlig vej. Begrundelsen for, at dette argument ikke støtter patentindehaverens krav om patenterbarhed, er, at det samme kan gøres gældende for selv de mest traditionelle planteforædlingsteknikker som udelukkende består af krydsning og udvælgelse. Sandsynligheden for, at sådanne vil forekomme i naturen, er ligeså fraværende som i ovennævnte eksempel og beror i et vist omfang på en eller anden grad af menneskelig indgriben.

På grund af den af appelkammeret identificerede uoverensstemmelse mellem de forskellige fortolkningsmæssige modeller som artikel 53b har været underlagt, henvistes sagen derfor til EPO's øverste appelkammer grundet spørgsmålets retligt principielle karakter.

## 7. Konklusion

Som gennemgangen af retspraksis og de forskellige retskilder illustrerer, udgør fortolkningen af undtagelsen af væsentligt biologiske processer fra patentering fortsat et uafklaret retsområde. Da området er af praktisk stor betydning, er det afgørende, at den fortolkningsmæssige tvivl vedrørende omfanget af artikel 53b bliver afklaret. Den ventede afgørelse G 2/07 er således af overordentlig stor betydning for den europæiske patentret.

<sup>35</sup> Jf. T 83/05 Afgørelsens Præmisser, paragraf 66.

<sup>36</sup> Jf. T 83/05 Afgørelsens Præmisser, paragraf 66, 2. afsnit.