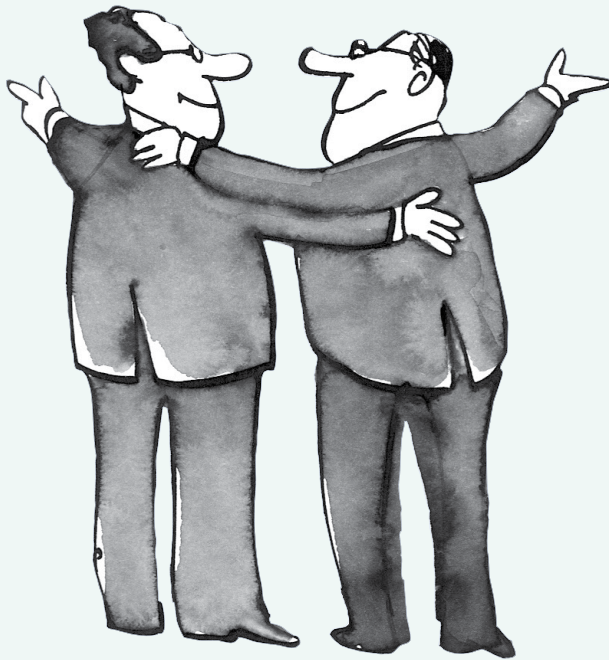


Enkelte transaktioner

Mads Bryde Andersen



AFTALERETTEN III

Gjellerup

Enkelte transaktioner

Mads Bryde Andersen

Enkelte transaktioner

3. udgave

Gjellerup

Mads Bryde Andersen

Enkelte transaktioner, 3. udgave

© Mads Bryde Andersen og Gjellerup/Gads Forlag

Omslag ved Jens Hage

Grafisk tilrettelæggelse ved Henrik Würtz

Sat med Plantin

ISBN 978-87-13-05069-7

3. udgave 2016

Kopiering fra denne bog må kun finde sted på institutioner, der har indgået aftale med COPY-DAN, og kun inden for de i aftalen nævnte rammer. Det er tilladt at citere med kildeangivelse i anmeldelser.

www.gjellerup.dk

Gad/Gjellerup er godkendt af Uddannelses- og Forskningsministeriet som pointgivende forlag i den bibliometriske forskningsindikator. For at en publikation kan opnå point, skal forlaget benytte fagfællebedømmelse, hvilket vil sige, at en ekstern forsker har bedømt forskningens kvalitet inden værkets publicering.

Publikationen er fagfællebedømt

Indhold

Forord 13

Kapitel 1. Emne, metode og retskilder 15

- 1.1. **Emne og afgrænsning 15**
 - 1.1.a. Aftale og transaktion 15
 - 1.1.b. Inddelingsgrundlag 16
 - 1.1.c. Samspillet med den praktiske aftaleret 19
- 1.2. **Retskilder 19**
 - 1.2.a. Lovgivning 19
 - 1.2.b. Harmoniseringsregulering 20
 - 1.2.c. Aftalepraksis 21

Kapitel 2. Etablering og konstitution 26

- 2.1. **Almindelige bemærkninger 26**
 - 2.1.a. Oversigt 26
 - 2.1.b. Fællestræk 27
 - 2.1.c. Retskilder 29
 - 2.1.d. Det principielle valg af selskabsform 32
- 2.2. **Fælles reguleringstemaer 36**
 - 2.2.a. Aftale, konstitution og baggrundsret 36
 - 2.2.b. Værdiansættelse og finansiering 37
 - 2.2.c. Navn og formål 38
 - 2.2.d. Deltagernes indbyrdes forhold 41
 - 2.2.e. Tredjemandsrelationer 45
- 2.3. **Interessentskaber 46**
 - 2.3.a. Generelle spørgsmål 46
 - 2.3.b. Indskud, finansiering og hæftelse 50
 - 2.3.c. Arbejdspligt 53
 - 2.3.d. Overskudsfordeling 54
 - 2.3.e. Drift, beslutningsprocedure og tegningsret 55
 - 2.3.f. Udtræden og ophør 58
 - 2.3.g. Særligt om sameje 61
- 2.4. **Kapitalselskaber 64**
 - 2.4.a. Kendetegn 64
 - 2.4.b. Retsgrundlaget 65
 - 2.4.c. Særlige reguleringsområder 67
- 2.5. **Ejeraftaler 68**

- 2.5.a. Kendetegn 68
- 2.5.b. Retsgrundlag 69
- 2.5.c. Almene reguleringsområder 70
- 2.5.d. Forvaltningsbeføjelser 71
- 2.5.e. Dispositionsbeføjelser 72
- 2.5.f. Vederlæggelse i kapitalandele 74
- 2.6. **Kommanditselskaber** 82
 - 2.6.a. Kendetegn 82
 - 2.6.b. Retsgrundlaget 83
 - 2.6.c. Særlige reguleringsområder 84
- 2.7. **Joint ventures** 87
 - 2.7.a. Kendetegn 87
 - 2.7.b. Retsgrundlaget 89
 - 2.7.c. Særlige reguleringsområder 91
 - 2.7.d. Internationale joint ventures 93
- 2.8. **Virksomhedsoverdragelser** 94
 - 2.8.a. Kendetegn 94
 - 2.8.b. Retsgrundlaget 96
 - 2.8.c. Aftaleindgåelse 98
 - 2.8.d. Due diligence 100
 - 2.8.e. Aktivoverdragelse 105
 - 2.8.f. Aktieoverdragelse 114
 - 2.8.g. Forpagtning 115

Kapitel 3. Finansiering 118

- 3.1. **Fællesproblemer** 118
 - 3.1.a. Kendetegn 118
 - 3.1.b. Typer af finansieringstransaktioner 120
 - 3.1.c. Aftalestrukturen 122
 - 3.1.d. Retsgrundlag 124
 - 3.1.e. Internationale aspekter 128
- 3.2. **Pengelån** 129
 - 3.2.a. Kendetegn 129
 - 3.2.b. Aftalepraksis 130
 - 3.2.c. Forrentning 134
 - 3.2.d. Amortisation 139
 - 3.2.e. Misligholdelse 140
 - 3.2.f. Særlige klausuler 142
 - 3.2.g. Syndikerede lånetransaktioner 144
 - 3.2.h. Erhvervsobligationer 146
- 3.3. **Kaution** 147
 - 3.3.a. Kendetegn 147
 - 3.3.b. Retsgrundlaget 149
 - 3.3.c. Forholdet mellem kreditor og kautionist 153
 - 3.3.d. Forholdet mellem kautionist og hovedmand 155

- 3.3.e. Særligt om samkaution 156
- 3.3.f. Garantier 157
- 3.4. **Finansiel leasing** 158
 - 3.4.a. Kendetegn 158
 - 3.4.b. Forholdet mellem leasinggiver og leasingtager 164
 - 3.4.c. Forholdet mellem leverandør og leasinggiver 172
 - 3.4.d. Forholdet mellem leverandør og leasingtager 173
- 3.5. **Factoring** 174
 - 3.5.a. Kendetegn 174
 - 3.5.b. Retsgrundlaget 175
 - 3.5.c. Transaktionens tilrettelæggelse 176
 - 3.5.d. Varighed og ophør 180
- 3.6. **Finansiering ved erklæringer mv.** 180
 - 3.6.a. Problemstillingen 180
 - 3.6.b. Støtteerklæringer 181
 - 3.6.c. Tilbagetrædelseserklæringer mv. 186
 - 3.6.d. Panthaverdeklarationer 187
 - 3.6.e. Legal opinions 188
 - 3.6.f. Soliditetserklæringer 190
 - 3.6.g. Negative pledges 192

Kapitel 4. Arbejdsopdrag 195

- 4.1. **Fællesproblemer** 195
 - 4.1.a. Kendetegn 195
 - 4.1.b. Retten til arbejdsresultatet 197
 - 4.1.c. Konkurrencebegrænsninger 199
 - 4.1.d. Aktieløn 208
 - 4.1.e. Andre fælles reguleringsområder 209
- 4.2. **Ansættelsesaftaler** 214
 - 4.2.a. Kendetegn 214
 - 4.2.b. Retlig regulering 215
 - 4.2.c. Lønmodtageres konkurrence- og kundeklausuler 219
 - 4.2.d. Lov om ansættelsesbeviser 221
 - 4.2.e. Almene konciperingsspørgsmål 225
 - 4.2.f. Arbejdspræstationen 228
 - 4.2.g. Vederlaget 229
 - 4.2.h. Varighed, opsigelse og ophævelse 232
 - 4.2.i. Andre særlige reguleringsområder 235
 - 4.2.j. Udstationering 236
 - 4.2.k. Hjemmearbejde 240
- 4.3. **Publikumsorienterede opdrag** 240
 - 4.3.a. Kendetegn 240
 - 4.3.b. Retsgrundlaget 242
 - 4.3.c. Sportsfolk 244
 - 4.3.d. Fotomodeller 245

- 4.3.e. Skuespillere 246
- 4.3.f. Musikere 248
- 4.4. **Direktøraftaler** 248
 - 4.4.a. Kendetegn 248
 - 4.4.b. Retsgrundlaget 249
 - 4.4.c. Arbejdspræstationen 250
 - 4.4.d. Vederlaget 252
 - 4.4.e. Særlige reguleringsområder 253
- 4.5. **Rådgiveraftaler** 255
 - 4.5.a. Kendetegn 255
 - 4.5.b. Retsgrundlaget 256
 - 4.5.c. Aftaleindgåelsen 259
 - 4.5.d. Aftalepraksis 260
 - 4.5.e. Ydelsen 261
 - 4.5.f. Betaling 263
 - 4.5.g. Særlige reguleringsområder 265
- 4.6. **Mellemmandsaftaler** 266
 - 4.6.a. Kendetegn 266
 - 4.6.b. Retsgrundlaget 267
 - 4.6.c. Mellemmandens opdrag og legitimation 268
 - 4.6.d. Mellemmandens vederlag 270
 - 4.6.e. Særlige reguleringsområder 272
 - 4.6.f. Særligt om fuldmagt 274
- 4.7. **Management og formueforvaltning** 275
 - 4.7.a. Formueforvaltning 275
 - 4.7.b. Kunstnermanagement 276

Kapitel 5. Produktion 279

- 5.1. **Fællesproblemer** 279
 - 5.1.a. Kendetegn 279
 - 5.1.b. Retsgrundlaget 280
 - 5.1.c. Aftalepraksis 283
 - 5.1.d. Leverandørens ydelse 284
 - 5.1.e. Betalingsforpligtelsen 286
 - 5.1.f. Ændringshåndtering 286
 - 5.1.g. Aflevering 288
 - 5.1.h. Andre almene forpligtelser 292
- 5.2. **Outsourcing** 294
 - 5.2.a. Begreb 294
 - 5.2.b. Produktionsoutsourcing 295
 - 5.2.c. Administrativ outsourcing og it-drift 299
- 5.3. **Anskaffelse af produktionsudstyr** 307
- 5.4. **It-systemudvikling** 309
 - 5.4.a. Kendetegn 309
 - 5.4.b. Retsgrundlaget 311

- 5.4.c. Aftalepraksis 311
- 5.4.d. Leverandørens ydelse 316
- 5.4.e. Kundens forpligtelser 318
- 5.4.f. Andre reguleringstemaer 319
- 5.5. **Teknisk vedligeholdelse** 323
 - 5.5.a. Problemstillingen 323
 - 5.5.b. Retsgrundlaget 324
 - 5.5.c. Aftalepraksis 325
 - 5.5.d. Fælles reguleringstemaer 325
 - 5.5.e. Afhjælpende vedligeholdelse 328
 - 5.5.f. Forebyggende vedligeholdelse 329
 - 5.5.g. Supplerende vedligeholdelse 330
- 5.6. **Fast ejendom** 330
 - 5.6.a. Kendetegn 330
 - 5.6.b. Retsgrundlaget 331
 - 5.6.c. Sælgers ydelse 331
 - 5.6.d. Købers ydelse 332
 - 5.6.e. Aftalepraksis 333
 - 5.6.f. Tredjemandsrelationer 334
- 5.7. **Entreprise** 335
 - 5.7.a. Kendetegn 335
 - 5.7.b. Retsgrundlaget 337

Kapitel 6. Afsætning 340

- 6.1. **Fællesproblemer** 340
 - 6.1.a. Kendetegn 340
 - 6.1.b. Retsgrundlaget 341
 - 6.1.c. Transaktionens tilrettelæggelse 342
 - 6.1.d. Almene reguleringsområder 345
- 6.2. **Slutbrugertransaktionen** 346
 - 6.2.a. Køb 346
 - 6.2.b. Brugsrettigheder 347
 - 6.2.c. Abonnementsaftaler 348
 - 6.2.d. Operationel leasing 350
- 6.3. **Producent/distributør-transaktionen** 352
 - 6.3.a. Kendetegn 352
 - 6.3.b. Aftaleindgåelsen 353
 - 6.3.c. Almene reguleringsområder 354
 - 6.3.d. Handelsagentur 366
 - 6.3.e. Forhandling og eneforhandling 370
 - 6.3.f. Kommission 375
 - 6.3.g. Konsignation 378
 - 6.3.h. OEM-aftaler 379
- 6.4. **Anden afsætningsbistand** 380
 - 6.4.a. Kendetegn 380

- 6.4.b. Formidling mv. 381
- 6.4.c. Reklamebureaubistand 383
- 6.4.d. Annoncering 385
- 6.4.e. Leje af messestand 386

Kapitel 7. Informationshåndtering 389

- 7.1. **Fællesproblemer 389**
 - 7.1.a. Informationsbegrebet 389
 - 7.1.b. Retsgrundlaget 393
 - 7.1.c. Almene reguleringsområder 394
- 7.2. **Aftaler om erhvervshemmeligheder 397**
 - 7.2.a. Kendetegn og retsgrundlag 397
 - 7.2.b. Aftaleindgåelsen 404
 - 7.2.c. Pligtens indhold 406
 - 7.2.d. Særlige reguleringsområder 410
- 7.3. **Immateriale rettigheder 412**
 - 7.3.a. Kendetegn 412
 - 7.3.b. Ophavsret 413
 - 7.3.c. Halvlederret 416
 - 7.3.d. Patentret 417
 - 7.3.e. Brugsmodelbeskyttelse 419
 - 7.3.f. Sortsbeskyttelse 420
 - 7.3.g. Designbeskyttelse 421
 - 7.3.h. Forretningskendetegn og domænenavne 422
 - 7.3.i. Know-how 423
 - 7.3.j. Erhvervshemmeligheder 424
- 7.4. **Licensaftaler 424**
 - 7.4.a. Kendetegn 424
 - 7.4.b. Retsgrundlaget 426
 - 7.4.c. Kollektive licensordninger 427
 - 7.4.d. Aftalepraksis 430
 - 7.4.e. Selve licensen 431
 - 7.4.f. Licensafgiften 442
 - 7.4.g. Særlige forpligtelser 447
 - 7.4.h. Licensaftaler i udviklingslande 451
- 7.5. **Ophavsretlige udgivelsesaftaler 452**
 - 7.5.a. Kendetegn 452
 - 7.5.b. Almene reguleringsområder 453
 - 7.5.c. Forlagsaftalen 454
 - 7.5.d. Indspilningsaftaler 460
- 7.6. **Andre informationsaftaler 468**
 - 7.6.a. Forsknings- og udviklingsaftaler 468
 - 7.6.b. Dataeksportaftaler 471
 - 7.6.c. Sponsorering 473

Kapitel 8. Kombinerede transaktioner 480

- 8.1. Franchising 480**
 - 8.1.a. Kendetegn 480
 - 8.1.b. Retsgrundlaget 485
 - 8.1.c. Aftalepraksis 489
 - 8.1.d. Franchisegivers ydelse 490
 - 8.1.e. Franchisetagers ydelse 493
 - 8.1.f. Særlige reguleringsområder 493
- 8.2. Strategiske alliancer 495**
 - 8.2.a. Karakteristik 495
 - 8.2.b. Retlige problemer 496
 - 8.2.c. Aftaleregulering 497
- 8.3. Pengeløse transaktioner 498**
 - 8.3.a. Bytteaftaler 498
 - 8.3.b. Barter-aftaler 499
 - 8.3.c. Modkøbsaftaler mv. 500
- 8.4. Offentlig-private partnerskaber mv. 502**
 - 8.4.a. Karakteristik 502
 - 8.4.b. Retsgrundlag 504
 - 8.4.c. Varianter 504

Ordliste, forkortelser og lovhenvvisninger 507

Litteratur 519

Domsregister 529

Emneindeks og lovregister 531

Forord

I årene 2002-2004 genudgav jeg mine aftaleretlige lærebøger i trilogien Aftaleretten, der foruden nærværende bind III består af *Grundlæggende aftaleret* (bind I) og *Praktisk aftaleret* (bind II). Grundlæggende aftaleret udkom i sin seneste (fjerde) udgave i 2013 og Praktisk aftaleret tilsvarende i 2015. Hermed udsendes en revideret og gennemskrevet udgave af trilogiens bind III. Revisionen er ført ajour til 15. maj 2016. Jeg takker chefjurist Henrik Schultz, DI, for bistand med at fremskaffe opdaterede versioner af industriens standardkontrakter.

Trilogien, eller dele af den, anvendes i universitetsundervisningen ved forskellige juridiske uddannelser. Den holdes fra tid til anden opdateret på hjemmesiden <www.aftaleretten.dk>, hvor man foruden oplysninger om rettelser eller om ny lovgivning og praksis kan finde links til dele af det materiale, bogen henviser til.

Jeg vil være taknemmelig for at modtage forslag om forbedringer eller påpegning af fejl på mads.bryde.andersen@jur.ku.dk.

København, maj 2016
Mads Bryde Andersen

1.1. Emne og afgrænsning

1.1.a. Aftale og transaktion

Denne bog behandler nogle centrale retlige problemer i udvalgte typer af kommercielle transaktioner, som parterne ved aftaleregulering kan forholde sig til for dermed at *optimere* deres udbytte ved transaktionen og *minimere* risikoen for uenighed med heraf følgende fastslåsning af deres positioner og usikkerhed.

Som nærmere udviklet i *Praktisk aftaleret*, afsnit 1.2. (navnlig s. 20), beskriver begrebet *transaktion* de faktiske omstændigheder, der udfolder sig, når værdier overføres mellem aftalparter. Hvor *aftalen* er de partsvedtagne retsregler, der regulerer transaktionen, er *transaktionen* de præstationshandlinger og øvrige faktiske forhold og hændelser, som aftalen tager sigte på. En og samme transaktion (f.eks. en persontransport) kan indgå i vidt forskellige typer af aftaler (f.eks. et særskilt transportopdrag, en pakkerejse eller en tjenesteydelse af anden art).

Emnet

Transaktionsbegrebet

Lego Andersen (2002), s. 27, sondrer mellem *transaktionsaftaler* (der fundamentalt går ud på, at den ene part skal erlægge en ydelse, hvorefter kontrakten i det væsentligste er afviklet) og *samvirkeaftaler* (der knytter parterne sammen i et længerevarende samarbejde, hvor ydelserne skal erlægges løbende i aftalens løbetid). De hermed skitserede typetilfælde kommer også frem i sondringen mellem *løbende* og *enkeltstående* transaktioner. Med begrebsanvendelsen i nærværende fremstilling er det afgørende, at aftalen understøtter en udveksling af værdier mellem dens parter. Dette krav er opfyldt i såvel “transaktionsaftalerne” som “samvirkeaftalerne”.

Det er bogens hovedformål at give læseren indblik i de forretningsmæssige *målsætninger og risici*, der gør sig gældende i forskellige typer af transaktioner, og i de *retlige problemer og løsningsmuligheder*, der kan understøtte disse målsætninger og afdække disse

Formål

Afgrænsning

risici i forskellige transaktioner. Dermed skulle man gerne få hjælp til også at planlægge forhandling og aftaleregulering i et bredere perspektiv.

Der giver ikke sig selv, hvordan en sådan opgave skal angribes. Afgrænsningen af, hvilke aftaler og transaktioner, der skal med, er vanskelig, fordi mange typer af transaktioner opløser sig i deltyper, som mere eller mindre ligner hovedtypen (eller helt andre typer). Dernæst må det afklares, *hvilke dele* af baggrund retten der inddrages i fremstillingen. Og endelig må der lægges en grænse for, *hvor detaljerede* aftalespørgsmål der skal fremstilles.

Valget af transaktioner (og deltransaktioner) kan træffes på mange måder og vil kunne diskuteres i det uendelige. For bogens valg har for det *første* været afgørende, hvilke *særlige* problemer der aktualiseres i de enkelte transaktioner. Derfor behandles en del aftaletyper, som måske kan forekomme særprægede, men som netop er udtaget, *fordi* de er særprægede. Dette særpræg kan nemlig give inspiration til støtte for aftalereguleringen i andre typer af transaktioner. For det *andet* har det været afgørende, hvilken *praktisk* betydning de udvalgte transaktioner har i det praktiske erhvervsliv.

En bog som denne kan ikke gengive alle de udfyldende og regulerende regler, der er relevante i hver enkelt transaktion. Omvendt er det også klart, at omtalen af *lovregulerede* transaktioner ikke kan ignorere en sådan lovregulering, uanset om den er præceptiv eller blot udfyldende. Bogens snit ligger sådan, at lovregulering kun omtales, når parterne er nødt til at forholde sig til den i aftalen. Ved blot at *påpege* sådanne reguleringsområder kan koncipisten selv afklare de specifikke aspekter af lovreguleringen. Derimod er det ikke ambitionen at analysere eller systematisere al den udfyldende ret, der omgiver de enkelte transaktioner.

1.1.b. Inddelingsgrundlag

Siden *Ussings* Enkelte kontrakter (1946) har dansk aftaleret ikke forsøgt at foretage nogen systematisk inddeling mellem forskellige typer af aftaler og transaktioner. Det er da også et stort spørgsmål, om en sådan inddeling lønner sig. Den forfatter, der gør forsøget, vil naturligt være præget af sine særlige interesser og foretrukne perspektiver. For mit vedkommende har navnlig det *driftsøkonomiske* perspektiv været afgørende. Det ser aftalen som

selve grundlaget for en virksomheds drift og for de rettigheder og pligter, hvis opfyldelse gør virksomheden profitabel eller tabsgivende. Perspektivet træder navnlig frem, når en virksomhed overdrages. Som nærmere beskrevet i afsnit 2.8.d. vil overdrageren da præsentere virksomhedens aftalemateriale i et datarum, som erhververen herefter – mod løfte om fortrolighed – kan studere.

Lader det sig overhovedet gøre at fremstille de transaktioner, der er relevante for kommercielle virksomheder, inden for en samlet ramme?

*Ambitions-
niveauet*

Svaret på dette spørgsmål beror på *ambitionsniveauet*. En bog som denne vil aldrig kunne fungere som lærebog inden for de vidtfavnende retsområder, der berøres (f.eks. finansiering, virksomhedsoverdragelse, ansættelsesaftaler, immaterialret og licensaftaler). Dernæst beror det på, hvilke *typer af transaktioner*, der udvælges. Jo flere der medtages, desto mindre plads bliver der til at gå i dybden. Det er ikke bogens ambition at gøre læseren til verdensmester i alle typer af kommercielle transaktioner. Det rækker, hvis man ved læsningen har fået en forståelse for centrale problemer vedrørende forhandling og koncipering af kommercielt prægede aftaler gennem det fokus, der opnås ved studiet af de udvalgte kommercielle aftaleforhold og deres reguleringsbehov.

Kommercielle transaktioner tilsigter at skabe *fortjeneste* gennem en udveksling af værdier, der gennemføres med en – så vidt muligt kalkulerbar – *risiko* for tab. Dermed fremtræder i hvert fald to inddelingsgrundlag for fremstillingen.

*Afgrænsnings-
kriteriet*

Det *ene* inddelingsgrundlag knytter sig til, hvordan ydelsen *påvirker og forandrer* parternes (eller i hvert fald den ene aftaleparts) virksomhed. En forandringsproces indebærer, at nogen (herunder aftaleparterne og deres medarbejdere og samarbejdspartner) skal gøre noget andet, end de plejer. Dermed opstår der risiko for misforståelser, uenighed og skuffelser. Forretningsmæssig færdighed kommer bl.a. til udtryk i evnen til i sådanne tilfælde at *koordinere* anstrengelserne, så ressourcerne udnyttes optimalt og i evnen til at forudse, kvantificere, reducere og om muligt afdække *risici*.

*Forandrings-
momentet*

Mange forandringsprægede transaktioner former sig som *projekter*, hvor parterne i et tæt samarbejde, inden for en afmålt tidshorisont og under visse givne ressourcer skal præstere et bestemt resultat, f.eks. løsningen på et teknisk problem, overdragelse af

en virksomhed eller frembringelse af et produktionsapparat. Projektprægede aftaler ledsages typisk af fyldige aftaledokumenter, fordi der sjældent er noget udfyldende retsgrundlag at støtte sig til. Opfyldelsen af det kommercielle formål vil kræve utallige delbeslutninger, som parterne søger at styre i aftalen. Se om planlægning og projektarbejde, *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.6.

Transaktioner
uden foran-
dringspræg

Andre transaktioner kan gennemføres, uden at parterne behøver at forandre deres virksomhed. Ydelsen indgår f.eks. i en velkendt forbrugs- eller produktionsproces, der rutinemæssigt involverer råvarer, standardkomponenter eller tjenesteydelser. Parterne er vant til at præstere og modtage ydelsen og vil være fotrolige med baggrundsretten. Af samme grund volder sådanne transaktioner sjældent vanskeligheder i konciperingen.

Ydelsens art

Det *andet* inddelingsgrundlag knytter sig til *ydelsens art*. Et godt overblik over forskellige typer af ydelser opnås ved at se på de elementer, der indgår i en produktionsproces. Det fremstår på forhånd som en umulig opgave klart at afgrænse et antal aftaletyper, der knytter sig til de enkelte dele af en industriel udviklings-, produktions- og markedsføringscyklus. Spektret omfatter i virksomhedens (eller produktets) *etableringsfase* idé-skabelse, udvikling, patentering og licensering; i *produktionsfasen* indkøb, ansættelse og personaleadministration og produktion; og i *afsætningsfasen* markedsføring, salg, og økonomistyring.

I forløbet frem til ydelsens frembringelse kan man udskille de transaktioner, som for det første *konstituerer* virksomheden (dvs. definerer retsforholdet mellem dens stiftere og senere aftaleerhververe, se hertil kapitel 2), som for det andet *finansierer* dens drift (se kapitel 3), som for det tredje, ved ansættelses- og samarbejdsforhold, knytter *arbejdskraft og tjenester* til den (kapitel 4), og som for det fjerde skaber grundlag for anskaffelsen af dens *produktionsapparat* (kapitel 5). Når ydelsen er tilvejebragt, kan man herefter, for det femte, udskille de transaktioner, der ligger til grund for salg, markedsføring og *afsætning* (kapitel 6). Hertil kommer – til dels på tværs af disse sondringer – for det sjette de aftaler, der regulerer virksomhedens brug af *information* og immaterialrettigheder i alle disse forskelligartede typer af transaktioner (kapitel 7). I tillæg til denne inddeling omtales til sidst de transaktioner, der kombinerer de øvrige.

1.1.c. Samspelet med den praktiske aftaleret

De temaer, der berøres i denne bog, dækkes for en stor dels vedkommende af bogen *Praktisk aftaleret* (4. udgave, 2015). Hvor *Praktisk aftaleret* berører de spørgsmål, der er fælles for alle kommercielle transaktioner, berører *Enkelte transaktioner* dem, der alene opstår i bestemte typer af transaktioner. Opdelingen er dog ikke udtryk for nogen stringent tankegang. Talrige emner – f.eks. hemmeligholdelse og konkurrenceklausuler – har dels almen betydning, dels en specifik betydning i enkelte typer af transaktioner.

En sådan systematik rummer en risiko for, at man sætter sig mellem to stole. Visse emner (f.eks. de spørgsmål, der angår aftalens *primære ydelse*, herunder vilkår for betaling) kan med rette placeres i såvel den *praktiske aftaleret* som i læren om de *enkelte transaktioner*. Andre emner (f.eks. læren om hensigtserklæringer og støtteerklæringer) hører mest nærliggende til i den *grundlæggende aftaleret*. Heller ikke her gælder der evigtgyldige sandheder. Derfor finder man talrige krydshenvisninger mellem de enkelte bind i trilogien.

1.2. Retskilder

1.2.a. Lovgivning

Dansk ret har kun spredt lovgivning om de transaktioner, der falder inden for den valgte emneafgrænsning (aftaler, der tilsigter at skabe et kommercielt udkomme for begge parter). Reguleringen er ofte båret af spontant opståede politiske ønsker om at regulere. Det gælder f.eks. lov om benzinforhandlerkontrakter (jf. lovbekendtgørelse nr. 1718 af 18. december 2010) og visse regler i den immaterialretlige lovgivning (f.eks. om edb-programmer og om ophavsretlige udnyttelsesaftaler).

Den lovgivningsmæssige detailregulering af de kommercielle aftaleforhold er langt mere intens i andre jurisdiktioner. I mange lande er der f.eks. lovgivning om *franchising* og *leasing*. Hertil kommer den indirekte regulering af enkelte transaktioner, der følger af de EU-konkurrenceretlige gruppefritagelsesforordninger.

I konsekvens af den EU-harmonisering, der bl.a. er sket inden for forbruger- og ansættelsesområdet, har vi i dag en detaljeret

*Lovregulering
af enkelte
transaktioner*

regulering af forskellige aftaletyper. Også enkelte andre typer af transaktioner har som følge af deres hyppighed og typiske transnationale karakter givet anledning til harmonisering. Et eksempel herpå er direktivet om handelsagenter (se herom i afsnit 6.3.d.).

1.2.b. Harmoniseringsregulering

Baggrund

Den praktiske aftaleret bærer præg af de internationale påvirkninger, som præger stort set alle kommercielle transaktioner. Sædvanedannelsen har på en række områder frembragt retlige instrumenter, der undertiden kan opnå retskildestatus uden for deres umiddelbare anvendelsesområde. Foruden den lovgivning, der inkorporerer folkeretligt bindende konventioner mv. (som f.eks. CISG), findes der et væld af modellove, vejledninger, standardaftaler og klausuler, der nyder udbredelse og anerkendelse inden for forskellige brancher. I tillæg hertil udvikler mange brancher deres egne sædvaner og typeforudsætninger i lyset af den internationale praksis. Det sker enten ud fra en juridisk overbevisning om, hvad der er rigtigst at gøre, eller ud fra en lavpraktisk kommerciel erkendelse af, at det nu engang er lettest at indrette sig på, hvad andre foretager sig, jf. nærmere mine bemærkninger i TfR 2006.473 ff.

FN's rolle

De internationale organisationer har på forskellig vis forsøgt at understøtte en harmonisering af rammebetingelserne for den internationale handel. En række organer under FN (herunder *UNCITRAL*, *UNCTAD* og *UNIDO*) har frembragt konventioner, modellove, standardaftaler, vejledninger og retningslinjer, der tager sigte på forskellige typer af transaktioner mv., jf. senere. Sådanne FN-organer nyder en betydelig legitimitet på grund af det store antal stater, der deltager i arbejdet. Prisen for denne brede repræsentativitet betales dog i nogen grad i mangel på slagkraft. Enighed mellem et stort antal stater på tværs af kulturelle og samfundsøkonomiske skel opnås ofte på bekostning af skarphed. Som regel er det kun de helt generelle principper og grundsætninger, alle stater kan skrive under på.

Størst betydning har det FN-harmoniseringsarbejde, der udføres i regi af *UNCITRAL*. Arbejdet er tilgængeligt på <www.uncitral.org> hvorfra al relevant dokumentation er tilgængelig. FN's økonomiske kommission for Europa (*ECE*), har siden 1950'erne udsendt en række aftaleretlige

standardformularer, standarder og klausuler mv. Kommissionens nyere arbejde er tilgængeligt på <<http://www.unece.org/>>. Et væsentligt arbejde er de “General conditions for the supply of plant and machinery for export”, som ECE udsendte i 1953, sædvanligvis betegnet som ECE 188, jf. nærmere om forhistorien *Kolrud* m.fl. (1993), s. 9 ff., og nedenfor, s. 22 f. Herudover har ECE udsendt en række vejledninger om koncipering af visse aftaletyper.

Fordi det typisk er vanskeligt at skabe enighed i internationale forsamlings, betjener det internationale harmoniseringsarbejde sig i stigende grad af ikke-forpligtende instrumenter. I nyere tid er regulering ved såkaldte “*soft law*”-instrumenter blevet almindelig. Disse instrumenter kendetegnes ved ikke at være retligt forpligtende. Deres slagkraft realiseres, når instrumentet efterleves i praksis, enten individuelt ved aftale eller sædvanedannelse eller ved hjælp af national lovgivning. Det er erfaringsmæssigt vanskeligt at opnå bred ratifikation af internationale konventioner på det formueretlige område. Derfor udmøntes den konsensus, der opnås, i stigende grad som ikke-forpligtende *modellove*, dvs. som anbefalinger fra det (repræsentative) internationale organ til den nationale lovgiver. Når modelloven implementeres, har den hermed vedtagne lov samme præg af internationalt harmoniseret lovgivning, som hvis den var udsprunget af en konvention.

Hard eller soft law

1.2.c. Aftalepraksis

Den praktiske aftalerets problemer involverer både retsdogmatik og retspolitik. Det *retspolitiske* element skyldes, at faget handler om at etablere det aftalemæssige grundlag for en kommerciel transaktion. Det *retsdogmatiske* element udspringer af, at aftalereguleringen fraviger eller præciserer baggrundsretten. Da den enkelte transaktion ofte vil være præget af den aftalepraksis, markedet følger, kommer de standardaftaler, der med vekslende autoritet udsendes af forskellige private, officielle og halvoffentlige organer, i fokus.

I et overblik over den aftalepraksis, der har betydning for studiet af de enkelte transaktioner, må man sondre mellem de *individuelle aftaler*, der typisk vil blive indgået, og den *aftalepraksis*, der er udbredt på de respektive områder.

Aftalepraksis i enkelte transaktioner kendes som udgangspunkt kun af parterne. Forretningsmæssige aftaler offentliggøres jo ikke

Individuel aftalepraksis

i detaljer. Og selv om man befinder sig på et område, hvor der hersker en vis aftalepraksis, vil aftalernes indhold altid tage form efter den forhandling, parterne har haft. Bogens fremstilling bygger på det generelle erfaringsmateriale, jeg har haft berøring med gennem årene, herunder i mine skiftende hverv som advokat, rådgiver, bestyrelsesmedlem, respondør og voldgiftsdommer. I tillæg hertil er inddraget materiale fra den litteratur, der er skrevet af praktikere med særlige erfaringer. På enkelte områder er fremstillingen derudover suppleret med det indblik i aftalepraksis, man kan opnå via trykte domssamlinger.

*Branchebaseret
formularret*

I talrige transaktioner vælger parterne at benytte standardaftaler konciperet af brancheorganisationer og -institutioner. Når sådanne aftaler er rodfæstet i sædvaner og kutymer, siges der at være etableret en *formularret*. En sådan formularret finder man f.eks. inden for transportretten, it-retten og entrepriseretten, hvor de benyttede aftaledokumenter udspringer af en betydelig konsensustænkning. Eksempler herpå er AB92 (se hertil betænkning 1246/1993, s. 13, 16 og 25), AB-Forbruger og K02. Disse retskildegrundlag er *agreed documents*. På andre områder mangler den fornødne indarbejdelse. Her kan studiet af standardaftalen være nyttigt, allerede fordi dokumentet er udtryk for dygtigt juridisk arbejde.

*Nordisk
formularret*

I nær forbindelse med dansk formularret står den nordiske. I den nordiske jern- og metalindustri har der siden 1950'erne udfoldet sig et tæt samarbejde om at tilpasse de nedennævnte ECE 188-formularer til nordiske forhold. Resultatet er blevet et sæt Nordiske Leveringsbestemmelser (NL), hvis første udgave ("NL57") kom i 1957 og hidtil seneste danske (NL92) i 1992. NL-reglerne har fået stor gennemslagskraft i de nordiske lande, hvor de betragtes som branchestandarder inden for hele jern- og metalindustrien, jf. *Kobrud* m.fl. (1993), s.7. De har dog ikke sædvanekarakter, se a.st. s. 23 ff. Der foreligger ligeledes nordiske standardaftaler om henholdsvis reparation og vedligeholdelse og reparation (NU 06 og NU 06) samt et sæt Almindelige betingelser for levering og montage af maskiner og andet elektrisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige (NLM 94). Som navnet antyder, udspringer både NL92 og NLM 94 af et nordisk samarbejde. I Finland, Norge og Sverige anvendes nyere versioner, f.eks. NL 09, NLM 10 mv. Danske forsikringsselska-

ber har ikke ønsket at påtage sig de vilkår vedrørende produktansvar, der findes heri. Derfor har disse versioner ikke vundet udbredelse herhjemme. Der findes i øvrigt en yderligere mellemliggende generation, f.eks. *NL 01*, *NLM 02* mv., som heller ikke har opnået godkendelse af den danske forsikringsbranche.

De væsentligste bidrag til den internationale formularret er skabt ved initiativer, der er udsprunget af internationale erhvervsorganisationer. En særlig rolle spiller her det internationale handelskammer, International Chamber of Commerce (ICC), der har udsendt en række standardvilkår om forskellige reguleringsområder. Blandt disse formularer kan nævnes ICC Model Contract on Distributorship (ICC Publication No. 776E, 2016 Edition), ICC Model Contract Commercial Agency (ICC Publication No. 766E, 2015 Edition), ICC Model Selective Distributorship Contract (ICC Publication No. 657E, 2004 Edition), ICC Model International Franchising Contract, 2nd Edition (ICC Publication No. 712E, 2011 Edition) og ICC Model International Sale Contract (ICC Publication No. 738E, 2013 Edition). ICC har ligeledes udsendt en ICC Model International Trademark License, ICC Model Occasional Intermediary Contract, ICC Model Mergers and Acquisitions Contract I: Share Purchase Agreement, ICC Model Mergers and Acquisitions Contract II: Business and Assets Agreement, ICC Model Turnkey Supply of an Industrial Plant Contract, ICC Model Major Project Turnkey Contract og ICC Model Technology Transfer Contract. ICC står herudover bag de meget benyttede *Incoterms*-klausuler, se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.2.d. For en oversigt over ICC's formularudbud henvises til <www.iccwbo.org>, hvor kontrakterne kan erhverves mod betaling. En række af de dokumenter, ICC har udsendt, er optrykt hos *Jan Ramberg: International commercial transactions, Fourth edition (2011)*.

Også den europæiske fællesorganisation for metalindustrien – *ORGALIME*, se <www.orgalime.org> – har udgivet et stort antal internationale aftaledokumenter. Heller ikke de er frit tilgængelige. Bl.a. har *ORGALIME* udsendt modeller for agentaftaler, hemmeligholdelsesaftaler, konsortieaftaler, aftaler om afsætning, licensaftaler og OEM-aftaler. Ligeledes har *ORGALIME* udsendt et antal juridiske oversigter, jf. litteraturoversigten til denne bog.

Den internationale forening af rådgivende ingeniører, *FIDIC*

*International
formularret*

(Fédération Internationale des Ingenieurs-conseils), har bl.a. udarbejdet “Conditions of contract for works of civil engineering construction”, der i to dele regulerer en række almindelige og specielle forhold vedrørende rådgivende ingeniørbistand. Flere internationale formularer på dette område er omtalt af *Hørlyck* (2014), s. 38 ff. Se hertil i det hele *Flemming Horn Andersen, Niels W. Brorson & Holger Schöer: FIDIC – International entrepriseret i et dansk perspektiv* (2003).

Mange af de internationale standardaftaler beskæftiger sig med forhold, som for en dansk aftalekoncipist må fremstå som fremmedartede. Det gælder f.eks. spørgsmål om formalia ved underskrivelse og detaljerede definitioner af alment kendte begreber. Men i et forretningssamkvem med samarbejdspartnere fra fremmede retskulturer kan netop den slags spørgsmål fremstå som – eller blive – helt afgørende for den kommercielle transaktion.

Litteraturen

Som et hurtigt blik hen over litteraturlisten til denne bog viser, findes der et stort antal udgivelser, der præsenterer forskellige aftaletyper og deres aftaleregulering. Fremkomsten af denne litteratur kan ses som udtryk for den specialisering, som mærkes på alle juraens områder. Ofte kan det være vanskeligt at drage grænsen mellem fremstillingen af et højspecialiseret retsområde og af den typiske aftaleregulering, der omgiver det. De monografier, der findes om entreprisekontrakter og it-kontrakter, er illustrative eksempler herpå. Til samme kategori kan henregnes den indsats, der er gjort af en kreds af europæiske formueretsjurister, der i regi af *Study Group on a European Civil Code* har udsendt en *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, se hertil *Grundlæggende aftalere*, s. 67. I dette omfattende dokument foreslås regler om en række udvalgte aftaletyper, herunder f.eks. franchising. DCFR er tænkt som inspirationsgrundlag for en europæisk lovgiver, der måtte ønske at indføre en europæisk civillov. Indtil dette sker, kan dens forslag tjene til inspiration både for den retsudvikling, der indtil da må ske på ulovreguleret grundlag, og for de aftaleparter, der måtte ønske inspiration til deres aftaleregulering.

Private paradigmasamlinger

I tillæg til denne litteratur kan man ved effektive søgninger på internettet finde righoldige eksempler på konkrete aftaletyper. Nettet kan for så vidt opfattes som en gigantisk paradigmasam-

ling, som i sagens natur ikke kan benyttes ukritisk. Navnlig i USA har der udviklet sig tjenester, der målrettet mod erhvervsmæssige aftaleparter – med eller uden betaling – tilbyder adgang til aftaleparadigmaer inden for vidt forskellige retsområder. Et eksempel herpå er tjenesten “Business-in-a-Box”, der er til rådighed fra netstedet <<http://www.biztree.com/>>.

2.1. Almindelige bemærkninger

2.1.a. Oversigt

Dette kapitel behandler en række forskelligartede aftaler, der alle berører selve det retssubjekt, der står bag (driver) en virksomhed. Aftalerne vil på en eller anden måde angå rettigheder og pligter for *deltagerne* i virksomheden og mellem parterne i en *virksomhedsoverdragelse*. Formålet kan være at *konstituere* virksomheden, dvs. tilvejebringe dens retlige *identitet* og heraf følgende *handleevne*. Sådanne aftaler forekommer i alle andre tilfælde end de numerisk hyppigste – at virksomheden drives som enkeltmandsvirksomhed. Eller formålet kan være at *overdrage* en eksisterende virksomhed. Kapitlet omtaler også andre aftaler, der involverer virksomhedens opbygning, organisation og handlemåde.

Aftalerne falder inden for tre kategorier.

Konstitution

I første kategori finder vi de aftaler, der *konstituerer* virksomheden, dvs. bringer den til verden. For juridiske personer har sådanne aftaler samme funktion som konstitutionen for en stat: De fastslår dens *formål*, udpeger *organer*, der kan tegne den over for tredjeparter og fastsætter den *fremgangsmåde*, der skal følges, når organerne gør det. Ligeledes regulerer konstitutionen virksomhedens økonomiske grundlag, herunder dens formue. Disse egenskaber gør sig gældende, hvad enten der er tale om et kapital-selskab (dvs. et aktie- eller anpartsselskab), et interessentskab, et kommanditselskab, et andelsselskab eller en anden form for selskabsdannelse.

Foruden disse konstitutive aspekter danner den aftale, der konstituerer en virksomhed, også et retsgrundlag *inter partes* for stifterne og deres efterfølgere (sucedenter). Sådanne aftaler kan dog også indgå i tilknytning til de konstitutive aftaler. Det væsentligste eksempel herpå er *ejeraftalen*. Herom handler afsnittene 2.2.- 2.4. og afsnit 2.6.

Den anden kategori omfatter fusioner og virksomhedsoverdragelser (“*mergers and acquisitions*”). Her er der ikke tale om, at en virksomhed bringes til verden men om, at der sker *ændringer i ejerskabet* til virksomheden. Sådanne aftaler indgås på grundlag af nøje gennemarbejdede strategier, og de udmønter sig ofte i komplicerede tredjemandsrelationer, hvorved de parter, der indgik i aftaleforhold med den overdragne eller fusionerede virksomhed, nu etablerer tilsvarende aftaleforhold efter den gennemførte ændring i ejerforholdene. Herom handler afsnit 2.8.

M&A

Hvor de første to kategorier kendetegnes ved at udgøre selve det fundament, som virksomheden bygger på, finder man i en tredje kategori nogle aftaler, der understøtter samarbejdet mellem virksomheder, der hver for sig er konstitueret efter egne regelsæt. Det drejer sig dels om aftaler *inden for* den enkelte virksomheds rammer (f.eks. mellem stiftere og kapitalejere, se herom ovenfor), dels om aftaler *mellem virksomheder*, som møder hinanden på et marked eller i et udviklingsprojekt (f.eks. i form af *joint ventures*, *strategiske alliancer* mv.). Herom handler henholdsvis afsnit 2.5. og afsnit 2.7.

Alliancer

2.1.b. Fællestræk

Parter, der går sammen om at etablere virksomhed, motiveres som regel af ønsket om at opnå *fortjeneste* ved virksomheden (overskud, afkast, indtjening, profit, vækst – kært barn har mange navne). For at opnå det må de investere nogle *ressourcer* og beslutte sig for en *fremgangsmåde*, som de vil følge. Heraf følger nogle grundbegreber og hertil hørende reguleringstemaer, der går igen i alle de aftaler, der behandles i dette kapitel.

Den drivende kraft

De *ressourcer*, som deltagerne allokere til virksomheden ved dens etablering eller senere, repræsenterer deres investering i virksomheden. Investeringen vil typisk bestå af penge og arbejdskraft, men den kan også være af anden art. Grundlæggende kan den være lige så varieret og forskelligartet, som der findes præstationshandlinger, jf. oversigten i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.1.a.: Forskellige former for realydelse, immaterialrettigheder, hemmeligholdt information (*know-how* mv.) samt – sidst men ikke mindst – faktisk tilstedeværelse kan have værdi for virksomheden, f.eks. for dens kreditværdighed eller for dens *goodwill* (dvs. evnen til at tiltrække kunder). Derfor kan det give god mening, at en

Investeringen

person deltager som medejer af en virksomhed – og oppebærer overskud fra den – uden at gøre andet end blot dette, passivt at være med til at eje den.

Almindeligvis består der en naturlig forbindelse mellem de formueværdier og den arbejdskraft, en deltager *skyder ind* i en virksomhed, og deltagerens *overskudsandel*. Men forbindelsen knyttes ikke sammen af en naturlov. Derfor er spørgsmål om deltagerens andel i overskuddet blandt de centrale temaer i aftaleforholdet mellem virksomhedens deltagere.

Formålet

Der er stor forskel på karakteren af det samarbejde, deltagerne går ind i, når de etablerer eller erhverver en virksomhed. Nogle virksomheder kan kun drives, hvis deltagerne fastholder en stærk loyalitet over for samarbejdet, f.eks. ved at præstere en stor arbejdsindsats eller at forpligte sig på langt sigt. Andre kan nærmest have tilfældighedens præg, f.eks. fordi deltagerne har en snæver og veldefineret målopfyldelse for øje (f.eks. en skattemæssig effekt af at eje et udlejet driftsaktiv) eller blot tilsigter gevinst ved en enkelt transaktion (f.eks. en rockkoncert eller en filmproduktion). Derfor er begrebet “etablering” ganske vidtspændende. Det fælles kendetegn er den *kommercielle* målsætning, der typisk vil fokusere på et antal forretningsmæssige værdier og mål, som søges realiseret under tilhørende risici. I fokus for aftalereguleringen er her, som andetsteds i den praktiske aftaleret, på den ene side vejen mod den tilsigtede *fortjeneste* og på den anden side de *risici*, der truer deltagerens investering.

Som anført af *David Frydinger*: Det affärsjuridiska hantverket. Arbetet innanför avtalsfrihetens gränser (2012), s. 43 ff., kan en virksomhed beskrives som et antal relationer til ansatte, ledelse, ejere, myndigheder, långivere, kunder og leverandører mv. Hver af disse relationer styres af nogle behov, som de involverede parter har defineret, og som relationen tilsigter at dække. Regnskabsmæssigt kendes samme tanke i det *dobbelte bogholderis princip*, hvor enhver udgift dels posteres som en debitering af virksomhedens likvider og dels som en kreditering af den værdi, der er opnået gennem betalingen (f.eks. køb af råvarer eller arbejdskraft).

Virksomhedsbegrebet

Lovgivningen afgrænser i visse henseender de transaktioner hvorved en erhvervsvirksomhed etableres. § 1, stk. 1, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (herefter LEV) anser en virksomhed for at udøve “erhvervsdrift”, hvis den som nærmere

anført i stk. 4, 1) overdrager varer eller immaterialrettigheder, præsterer tjenesteydelser mv., for hvilke virksomheden normalt modtager vederlag, eller 2) udøver virksomhed med salg eller udlejning af fast ejendom, eller 3) optræder som moderselskab, jf. nærmere selskabslovens §§ 6-7, eller 4) udøver bestemmende indflydelse over en anden virksomhed i henhold til vedtægt eller aftale og har en betydelig andel i dens driftsresultat uden at være moderselskab som nævnt under 3). Denne karakteristik gælder, uanset hvilke juridiske rammer virksomheden etableres under.

2.1.c. Retskilder

Selv om selskabsretten er genstand for en intens lovregulering, og selv om der som led heri findes en række formkrav (herunder for en række selskabers vedkommende om skriftlighed og registrering), er den principielle hovedregel i selskabsretten *aftalefrihed*. Parterne kan som hovedregel selv vælge selskabsform (og herunder etablere særlige selskabsformer) ved at bestemme indholdet af den konstitution, det stiftede selskab bygger på.

Aftalefriheden

Enhver aftale, der etablerer en virksomhed, som forventes at overleve dens stiftere, fremtræder i en juridisk *Janus*-positur, hvor *nogle* vilkår – som nærmere forklaret i afsnit 2.1.a. – alene gælder for stifterne *inter partes*, mens andre har tredjemandsvirkning, fordi de regulerer virksomhedens retssubjektivitet og dispositionsevne af betydning for tredjemand. Når det gælder parternes aftaler *inter partes*, er det altovervejende udgangspunkt aftalefrihed. Aftalefriheden er mere begrænset, når det gælder forholdet til tredjeparter og kreditorer.

Et selskabs retsforhold kan bestemmes af såvel mundtlige som skriftlige aftaler. De færreste aftaler, der konstituerer en juridisk person, indgås udelukkende mundtligt i tillid til, at “et ord er et ord”. Bevishensyn tilsiger skriftlighed, jo flere værdier der står på spil, og jo længerevarende samarbejdet forventes at blive. Skriftlig dokumentation kan også være afgørende for parternes retsforhold til det offentlige, herunder skattemyndigheder.

Formkrav?

Parternes aftalefrihed kan være begrænset såvel horisontalt (med virkning for forskellige typer af selskaber; herom henvises i det hele til de selskabsretlige fremstillinger) som vertikalt (med virkning for selskaber, der driver en bestemt type virksomhed). Visse liberale erhverv har regler, der begrænser den selskabsret-

Præceptivitet

lige aftalefrihed i så henseende. Et eksempel herpå er de regler, der gælder om advokatselskaber i henhold til retsplejelovens § 124.

Af størst praktisk betydning for aftaledannelsen på det selskabsretlige område er reglerne i selskabsloven (herefter forkortet SL, se lovebekendtgørelse nr. 1089 af 14. september 2015). Loven gælder ifølge § 1 for aktieselskaber og anpartsselskaber. Disse selskaber betegnes under ét som kapitalselskaber, fordi de baserer deres virke på den aktie- eller anpartskapital, som deltagerne skyder ind. Fordi kapitalselskabet alene hæfter for sine forpligtelser med selskabskapitalen, indeholder SL en detaljeret regulering, der har til formål at sikre selskabskapitalen mod dispositioner til skade for selskabet, gennemskuelig i selskabets dispositioner (denne regulering suppleres med de regler om regnskabsaflæggelse, der findes i årsregnskabsloven), kreditorers mulighed for fyldestgørelse i selskabsformuen og ejernes medindflydelse over beslutningerne.

Med virkning fra 8. oktober 2004 kan der oprettes såkaldte SE-selskaber (“Societas Europaea”), dvs. europæiske aktieselskaber baseret på direkte anvendelig EU-ret, jf. nærmere *Jan Schans Christensen & Sanne Dahl Laursen: Det europæiske selskab* (2007) og *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff: SE-selskabet – det europæiske aktieselskab*, 2. udg. (2011). Selskabet bygger på den såkaldte SE-forordning (SE = *Societas Europaea*), nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 og det parallelt hermed vedtagne direktiv 2001/86 af samme dato. SE-selskabet er underlagt regler, der i mange henseender er ens i EU-landene. Derfor kan et SE-selskab skifte nationalitet uden at skulle opløses i fraflytningsstaten, se hertil art. 8(1), 2. led i SE-forordningen. SE-selskabet skal have et hjemsted i en EU-medlemsstat, og det er i vid udstrækning underlagt dette lands selskabsretlige lovgivning. Der er altså ikke tale om et supranationalt selskab. Men SE-direktivet begrænser medlemsstaternes muligheder for at regulere SE-selskabet. SE-reguleringen angår derimod *ikke* andre væsentlige aspekter af den selskabsretlige regulering, herunder koncernforhold, skat eller insolvensbehandling.

De retlige rammer for selskaber er en del af samfundets erhvervs- politik: Hvilke risici forventes virksomhederne at tage, og hvorledes skal disse risici synliggøres? Derfor ændres selskabsretlig lovgivning ofte, enten nationalt eller i konsekvens af EU-harmonisering. Den selskabsretlige regulering går hånd i hånd med

reguleringen af de kapitalmarkeder, hvorfra selskaberne henter deres langsigtede finansiering.

LEV udgør et bredt retsgrundlag for “virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift”, se lovens § 1, stk. 1, som omtalt s. 28 f. LEV handler om “virksomheder”, dvs. enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, kommanditselskaber, andelselskaber (andelsforeninger) samt andre selskaber og foreninger med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af SL eller lov om erhvervsdrivende fonde, se samme bestemmelses stk. 2. Ifølge lovens § 8 skal virksomheder med begrænset ansvar (som nærmere defineret i § 3) anmeldes til registrering i Erhvervsstyrelsen. Uden en sådan registrering kan virksomheden ikke erhverve rettigheder og indgå forpligtelser. Den kan heller ikke være part i retssager, bortset fra spørgsmål om stiftelsen, jf. nærmere LEV § 9, der i hovedsagen svarer til SL § 41.

LEV

Dernæst pålægger årsregnskabslovens § 3 virksomheder med begrænset ansvar at aflægge årsregnskab i overensstemmelse med lovens regler, medmindre de er omfattet af nogle af lovens undtagelseskategorier, f.eks. fordi virksomheden er underlagt reglerne i LEV, eller fordi den falder under en bagatelgrænse, jf. nærmere lovens §§ 4-6.

Årsregnskabsloven

Selskabsretten er en vidtfavnende disciplin, hvis den udstrækkes til at omfatte ethvert regelsæt, der angår juridiske personers retsgrundlag og virke. Foruden de selskabsretlige love omfatter den også lov om finansiel virksomhed (der bl.a. giver regler om tværgående pensionskasser og gensidige forsikringsselskaber), lovgivningen om andelsforeninger og boligselskaber, reglerne om partrederier i sølovens §§ 101-118 samt hele den lovgivning, der regulerer institutioner i grænseområdet mellem den offentlige og private ret. Sådanne regler vil ofte have afgørende betydning for aftaledannelsen på disse områder.

Tilsynslovgivning mv.

Gennem retspraksis er der udviklet visse *forenings- og selskabsretlige grundsætninger*, der udfylder de ofte kortfattede vedtægter, der gælder for sådanne juridiske personer, se hertil om interessentskaber *Noe Munck* i samme og Hedegaard Kristensen (red.): *Selskabsformerne*, 7. udg. (2014), s. 49 ff., og om foreninger *Ole Hasselbalch*: *Foreningsret*, 4. udg. (2011), s. 185 ff., 207 ff. og 417 ff.

Almene grundsætninger

Er medlemskabet af en forening afgørende for udøvelsen af en bestemt type virksomhed, har foreningen på grundlag af almindelige retsgrundsatninger pligt til at optræde sagligt ved beslutninger om medlemskab og i dispositioner med virkning for medlemmerne. Denne pligt gælder uanset modstående bestemmelse. Se til illustration dommene i *U 1997.1216 H* (vognmand kunne kræve tilslutning til bestillingskonto for hyrevogne), *U 1967.650 Ø* (gyldigt at betinge medlemskab i bankforening af, at der blev indgået overenskomster), *U 1982.249 SH* (eksklusioner tilsidesat som ugyldige på grund af formfejl) og *U 1986.737 SH* (brancheforenings nægtelse af at optage nye medlemmer kendt ugyldig).

Kapitalmar- kedsregler

For selskaber, der udbydes til salg på et reguleret marked (f.eks. en fondsbørs), opstiller værdipapirhandelsloven og de hertil knyttede forskrifter en række væsentlige begrænsninger i virksomhedens frihed til at disponere på en måde, der kan påvirke kursdannelsen på de underliggende fondsaktiver. Foruden muligheden for straf og erstatningsansvar består en væsentlig retsvirkning ved brud på disse regler i muligheden for, at det regulerede marked (fondsbørsen) sletter et selskab fra notering med heraf følgende risiko for, at virksomhedens finansieringsgrundlag forsvinder, og at dens ledelse eksponeres for erstatningsansvar.

Om overdragelse af *kontrollerende aktieposter* fastslår værdipapirhandelslovens § 31, stk. 1, f.eks. at erhververen i forbindelse med direkte eller indirekte overdragelser af en aktiepost i et børsnoteret selskab, der fører til, at erhververen opnår bestemmende indflydelse over selskabet (som nærmere defineret i stk. 2-3), skal give alle aktionærer mulighed for at afhænde deres aktier på identiske betingelser. Finanstilsynet kan i medfør af stk. 8 i bestemmelsen fritage for pligten i stk. 1, såfremt særlige forhold gør sig gældende.

2.1.d. Det principielle valg af selskabsform

Valget af retlig ramme for en erhvervsvirksomhed involverer hensyn af retlig (herunder selskabs- og skatteretlig), økonomisk og forretningsmæssig art. Afvejningen mellem disse hensyn kan kræve indgående økonomiske, juridiske (herunder skatteretlige) analyser, der foregriber virksomhedens udvikling på kort og lang sigt og afklarer de risici, deltagerne er parate til at påtage sig. Valget af selskabsform kan også bero på den *tradition*, der gør

sig gældende i den kultur, stifterne udspringer af, eller i den branche, virksomheden befinder sig i. Ligeledes kan følelsen af *tryghed* ved at vælge et hyppigt benyttet selskab (f.eks. et kapital-selskab) spille ind – en faktor, der måske forklarer det store antal kapital-selskaber. Nystartede virksomheder drives ofte som enkeltmandsfirmaer eller interessentskaber. Har virksomheden ambitioner om hurtig vækst, betegnes denne periode, der ligger før der med en ekstern investors finansiering sker omdannelse til kapital-selskab, som *pre-seed*-fasen.

En central parameter er, hvilken *personlig hæftelse* deltagerne vil tage for forretningsprojektet. Ved at etablere en *juridisk person* (f.eks. et kapital-selskab, et andelsselskab eller et kommanditselskab) kan deltagerne begrænse deres personlige hæftelse til indskuddet, f.eks. selskabskapitalen i et kapital-selskab. Når kreditorer (f.eks. långivere) forlanger, at kontrollerende ejere af selskaber uden personligt gældsansvar påtager sig særskilte forpligtelser for selskabets gæld (f.eks. ved kaution), reduceres fordelene ved det begrænsede gældsansvar. I et interessentskab (eller for komplementaren i et kommanditselskab) er der fuld hæftelse for virksomhedens forpligtelser (også kaldet fuld *transparens*). Denne transparens afføder skatteretlige konsekvenser, jf. herom straks nedenfor: *Hæfter* man for en driftsmæssig udgift, kan man som udgangspunkt også *fradrage* denne udgift i sin skatteopgørelse. En virksomhedsdeltager, der påtager sig en byrdefuld personlig hæftelse, der som følge af deltagerens formue reelt er mere følelig end de øvrige deltagers hæftelse, vil ofte betinge sig en intern vedlæggelse herfor, f.eks. ved fordelingen af overskuddet. Dette tema vil da give anledning til særlig aftaleregulering, jf. afsnit 2.2.

En anden central parameter drejer sig om, hvilken *åbenhed*, parterne er parate til at vise omverdenen (*notoritetssynspunktet*). Vælger man at etablere et selskab med begrænset hæftelse, skal det registreres i Erhvervsstyrelsen, jf. LEV § 8, stk. 1, hvorved bl.a. virksomhedens type, adresse og ledelse synliggøres over for omverdenen via Erhvervsstyrelsens it-system, jf. nærmere LEV § 15d. Uden denne registrering kan virksomheden ikke erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, jf. lovens § 9, stk. 1. Er virksomheden noteret på et reguleret marked (f.eks. en fondsbørs), foreskriver værdipapirhandelsloven en lang række yderligere oplysningspligter, jf. lovens kapitel 7.

*Personlig
hæftelse*

Åbenhed

Erhvervsdrivende virksomheder har som hovedregel pligt til at aflægge årsregnskab efter årsregnskabslovens almindelige regler, jf. § 1 i årsregnskabsloven. Som anført i denne lovs § 4 gælder denne pligt dog ikke virksomheder omfattet af LEV § 3 (virksomheder og foreninger med begrænset ansvar) og § 4 (andelsselskaber med begrænset ansvar), hvis de falder inden for bagatelgrænserne i denne lovs § 4. Når et regnskab er indsendt til Erhvervsstyrelsen, jf. § 138 i årsregnskabsloven, sørger styrelsen for at offentliggøre det, jf. nærmere § 154.

Ønsker man at drive sin virksomhed i stilhed, bør den derfor drives i *personlig* form, dvs. enten som enkeltmandsfirma eller som interessentskab med andre enkeltpersoner.

Skattehensynet

En tredje faktor i valget af selskabsform er *skattehensynet*. Deltagernes adgang til at fradrage eller afskrive udgifter og investeringer skattemæssigt (og tilsvarende opnå umiddelbar beskatning af indtægter mv.) beror primært på, om de hæfter personligt for virksomhedens økonomiske forpligtelser (såkaldt skatteretlig transparens). Ønsker de det, må de vælge et interessentskab eller et kommanditselskab. I et kapitalselskab kan overskud spares op efter en selskabsbeskatning, der for tiden udgør 22 %, og opsparede overskud kan reinvesteres i andre selskaber uden yderligere beskatning. Tilsvarende kan overskud i en personligt drevet virksomhed beskattes med en acontoskatteprocent på 22, hvis indehaveren vælger at lade virksomheden beskattes efter reglerne i virksomhedsskatteoven, se herom s. 45 f.

Partner eller medejer?

Der er en principiel og væsentlig forskel mellem at deltage i en virksomhed som *ejer* (f.eks. kapitalejer i et kapitalselskab eller medinteressent i et interessentskab) eller som *tilknyttet* på andet grundlag (f.eks. som samarbejdspart eller ansat). Som *ejer* deltager man i risikoen for virksomhedens gevinst og tab – enten *umiddelbart* (som interessent med personlig og direkte hæftelse) eller *middelbart* (i kraft af sin besiddelse af en kapitalandel i et kapitalselskab). Går det godt for virksomheden, går det tilsvarende godt for ejeren. Er man blot *tilknyttet* virksomheden (f.eks. som ansat, rådgiver eller samarbejdspart), beror ens interesse i virksomheden på karakteren af denne tilknytning.

Det *umiddelbare ejerskab* til en virksomhed, som gælder for indehaveren af et enkeltmandsfirma, interessenterne i et interessentskab eller kommanditisterne i et kommanditselskab, af-

føder en række væsentlige retlige konsekvenser. Væsentligst er den umiddelbare hæftelse for virksomhedens *økonomiske pligter* (og omvendt en umiddelbar overskudsandel i dens resultater) og de *skatteretlige konsekvenser* (den skatteretlige transparens). Disse konsekvenser mærkes hverken af ansatte eller af andre samarbejdsparter.

Man kan rejse spørgsmålet, om ansatte eller samarbejdsparter alligevel, f.eks. ved analogislutninger mv., må betragtes som en slags medejere, når aftalerelationen mellem dem og virksomheden indbygger elementer af overskudsfordeling mv. (undertiden kaldet “*salary partners*”). Og tilsvarende kan man rejse spørgsmålet, om en virksomhed i kraft af den indgående kontrol og styring, som en anden virksomhed udøver over den, kan påberåbe sig ansættelsesretlige regler.

Er der tale om en regulær virksomhed, der drives af en flerhed af indehavere i fællesskab, er svaret i begge tilfælde nej, fordi der jo ikke optræder nogen “lønmodtager”. Misbruger en stærkere part i sådanne tilfælde en svagere parts stilling, kan sidstnævnte altså ikke påberåbe sig ansættelsesrettens beskyttelsespræceptive regler. Han må i stedet gå frem via konkurrenceretlige eller aftaleretlige regler, herunder AFTL § 36. Denne erkendelse er f.eks. fundamental for forståelsen af de pligter, en *franchisetager* påtager sig, jf. nærmere s. 488.

Men grænsetilfælde kan opstå i samarbejdsrelationer, hvor en “virksomhed” drives af en enkeltperson, som efter ønske fra sin “kunde” (der lige så godt kunne være arbejdsgiver), fakturerer sit vederlag som “honorar” med tillæg af moms, og ikke som løn. Disse spørgsmål giver anledning til vanskelige afgrænsninger i arbejdsretlig praksis, se hertil *Hasselbalch* (2009), s. 67 ff., og *Henrik Karl Nielsen* i ET 2016, s. 21 f. Klart er det f.eks., at en ansat ikke *nødvendigtvis* “driver virksomhed”, alene fordi hans aflønning står i forhold til arbejdsgiverens overskud, eller fordi lønnen – eller dele af den – afregnes på grundlag af en momsbelagt faktura. Tjener en sådan fakturering alene til at undgå forpligtelser i medfør af præceptiv lovgivning eller indgåede kollektive overenskomster, kan den efter omstændighederne tilsidesættes som udtryk for omgåelse. Ved vurderingen af, om der foreligger et ansættelsesforhold eller en “falsk selvstændig”, må man se på realiteterne. Fra retspraksis kan nævnes *U 2015.197V*, hvor en freelance støt-

tekontaktperson, der arbejdede for Dansk Flygtningehjælp, ikke ansås som lønmodtager, selv om der var indeholdt A-skat af hans honorar. At der *ikke* forelå omgåelse, bestyrkedes af, at personen også havde arbejdet for andre hvervgivere både som selvstændig og som lønmodtager. Ligeledes afviste *U 2007.1731 V* at anse en plejekontrakt mellem et ægtepar og en kommune (om et barn i aflastning) som et ansættelsesforhold. Afgørelsen er primært begrundet med, at der intet tjenesteforhold forelå, se herom s.196. Retten fandt dog, at kommunens opsigelse af aftalen sagsbehandlingsmæssigt skulle sidestilles med en afskedigelsesdag. Der findes også en række faglige voldgiftskendelser om spørgsmålet, se hertil *Henrik Karl Nielsen* a.st.

2.2. Fælles reguleringstemaer

2.2.a. Aftale, konstitution og baggrundsret

Funktion

Uanset hvilke parter, der stifter en virksomhed, vil stiftelsen manifestere sig i et aftalegrundlag mellem *stifterne*, der herefter bliver virksomhedens *indehavere*. Som fremhævet i afsnit 2.1.a. vil denne aftale med sin afklaring af virksomhedens juridiske *identitet* danne virksomhedens *konstitution*. Den fastlægger de *formål og værdier*, der ligger til grund for virksomheden, og de *spilleregler*, som virksomheden skal agere under (herunder kompetente organer, beslutningsregler samt regler for overskuds- og tabsfordeling). Et interessentskab konstitueres ved interessentskabsaftalen. For kapitalselskaber findes konstitutionen i selskabets vedtægter, eventuelt suppleret med en ejaftale (tidligere betegnet *anpartshaver-* eller *aktionæraftale*).

Inkorporering af baggrundsretten?

Hvad enten man stifter et kapitalselskab eller et personselskab, må deltagerne afklare, hvordan de ønsker at tage højde for baggrundsretten. Valget står her, som på så mange andre områder af den praktiske aftaleret, mellem at *inkorporere* baggrundsretten i kraft af henvisninger eller at *reflektere* den i særskilte vilkår.

Fordelen ved at *inkorporere* baggrundsretten er primært praktisk: Det kan gøre ved en enkelt henvisning om, at i øvrigt gælder reglerne i den og den lov. Ulempen er, at parterne kan komme til at inddrage nogle regler, som de måske slet ikke ønskede at underlægge sig.

Fordelen ved at *reflektere* baggrundsretten mærkes for det første

af den senere læser af aftalen: Reguleringen fremgår af aftalen – ikke af en lovregel, som man måske ikke har ved hånden. Dernæst er der pædagogiske argumenter: Når man gentager baggrundsretten, kan det være fristende at *modificere* disse regler (i det omfang det er muligt). Den væsentligste *ulempe* ligger i, at selskabsretlige regler som andre love ændres. Indføres der præceptive regler, kan der opstå delvis ugyldighed. Er det kun de deklaratoriske regler, der ændres, kan der opstå tvivl om, hvorvidt parternes gentagelse af disse regler i aftalen var udtryk for et positivt valg eller blot en ordensmæssig gentagelse af gældende ret.

Et forbehold om, at vedtægternes gengivelse af gældende ret skal forstås i overensstemmelse med “den til enhver tid gældende selskabsretlige regulering”, er f.eks. mere til skade end gavn: Parterne skal alligevel slå op i loven for at orientere sig om gældende ret, og henvisningen kan skabe tvivl om, hvilken opfattelse af gældende ret der søges udtrykt i vedtægterne. Vælger parterne at optage lovgivningens almindelige regler, bør de belyse retstilstanden, eventuelt med præciserende bestemmelser.

2.2.b. Værdiansættelse og finansiering

En virksomhed stiftes ved, at deltagerne indskyder en startkapital. Startkapitalen kan bestå af penge eller af andre formuegoder, men den kan også bestå i løftet om at præstere en arbejdsindsats i virksomheden, som måske i startfasen alene “vederlægges” med udsigten til en overskudsandel. Både når startkapitalen investeres og ved den senere fordeling af afkastet bør parterne tage stilling til værdien af investeringen og afkastet. Navnlig ved stiftelsen er dette skøn uhyre komplekst, fordi det knytter sig til alle de usikkerheder, som driften af virksomheden er forbundet med. I skønnet indgår ikke blot forretningsmæssige og skattemæssige, men også samfundsøkonomiske, markedsmæssige og ofte også juridiske usikkerheder.

Startkapitalen

Spørgsmålet behandles bl.a. af *Schans Christensen* (2014), kapitel 11 og (1998), s. 17 ff., der skitserer forskellige hyppigt anvendte metoder til værdiansættelse, herunder beregninger efter diskonteret *cash-flow*, kapitaliseret indtjening, substansværdi (“net book value” eller “equity”), likvidationsværdi, *price/earning*-værdi, børsmarkedsværdi (“market value”) eller efter en sammenligning med andre lignende virksomheder. Se

også *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), s. 187 ff. Hvert princip rummer fordele og ulemper, f.eks. i henseende til sikkerheden i værdiskønnet og omfanget af de undersøgelseshandlinger, der skal gennemføres for at udøve det.

Finansiering mv.

Når deltagerne er blevet enige om, hvilken investering de vil foretage i virksomheden, opstår spørgsmålet om, hvordan de vil *finansiere* denne investering. De koncipieringsproblemer, der er forbundet hermed, behandles i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.3. (betaling) og nedenfor i kapitel 3 (finansiering).

2.2.c. Navn og formål

Formålsangivelsen

Enhver erhvervsvirksomhed har et *formål*. Formålet udmønter deltagerens fælles ønske om at drive den virksomhed, der har bragt dem sammen. At vedtægterne for kapitalselskaber *skal* angive et formål, skyldes at formålet afgrænser de *risici*, deltagerne løber, bl.a. fordi det afgrænser de dispositioner, selskabet kan forpligte sig til over for ondttroende tredjeparter, jf. SL § 136, stk. 1, nr. 2, og *Lynge Andersen & Schaumburg-Müller: Tegning og fuldmagt – nogle hovedspørgsmål* (2010), s. 82 ff. Tilsvarende synspunkter gælder for andre selskaber. Formålet kan også have strategisk betydning for virksomhedens relationer til faste samarbejdsparter (f.eks. bankforbindelser), ligesom det kan have skattemæssige konsekvenser (f.eks. ved afgørelsen af, om der er grundlag for spekulationsbeskatning).

Præciseringsgrad

Formålet må derfor konkretiseres og præciseres. Det er ikke nok at skrive, at virksomheden skal “drive erhvervsvirksomhed”. Omvendt bør formålet ikke være så snævert, at formålsbestemmelsen skal ændres ved hvert nyt forretningsprojekt.

Funktion

Behovet for en præcis formålsangivelse har sammenhæng med, hvor fleksibelt og uformelt deltagerne forventer at disponere. I et mindre I/S vil deltagerne (interessenterne) typisk have en løbende dialog, der tilsigter konsensus om de enkelte beslutninger, strategier mv. I visse tilfælde kan formålsangivelsen beskytte den enkelte deltager mod andre deltageres formålsstridige dispositioner (sml. *U 1975.218 H* om dispositioner i et sameje). Formålsangivelsen kan også have betydning ved afgrænsningen af parternes loyalitetspligter, f.eks. når en deltager træder ud og etablerer ny virksomhed.

En virksomhed bør have et navn, der gør det muligt at differentiere den fra andre virksomheder. Ifølge LEV § 6, stk. 2, skal virksomhedsnavne tydeligt adskille sig fra hinanden. I virksomhedens navn må ikke optages et slægtsnavn, selskabs-, fonds- eller virksomhedsnavn, særegent navn på fast ejendom, varemærke, forretningskendetegn og lignende, der ikke tilkommer virksomheden, eller noget, som kan forveksles hermed. Tilsvarende foreskriver LEV § 6, stk. 5, at navnet på den, der udtræder som ansvarlig deltager i en virksomhed, kun må opretholdes i virksomhedens navn, hvis der foreligger tilladelse fra den pågældende eller dennes arvinger. Ifølge § 11, stk. 1, nr. 5, i lov om Det Centrale Virksomhedsregister, jf. lovbekendtgørelse nr. 653 af 15. juni 2006, optages virksomhedsnavnet for “juridiske enheder” (som nærmere defineret i lovens § 3) som en del af registerets *grunddata*.

*Virksomhedens
navn*

Virksomheder har ofte brug for at skifte navn. Behovet herfor kan enten skyldes praktiske forhold (f.eks. flytning eller fusion) eller ønsket om at *brande* sig på en ny måde. Som nærmere uddybet i *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.1.b., er det ikke *navnet*, men CVR-nummeret, der entydigt identificerer selskaber. Da markedsføring ofte sker under henvisning til et virksomhedsnavn, er navnet derimod nøglen til produktets afsætning. Afgiftsmæssige regler kan begrunde, at der etableres forskellige administrative delnumre, som der føres særskilt regnskab for (såkaldte SE-numre), se hertil momslovens § 47, stk. 3. Disse numre bør ikke anvendes til at identificere vedkommende retssubjekt.

Navneændringer

Når den aftale, der stifter en virksomhed, fastslår virksomhedens navn, kan navneændringer kun gennemføres efter de regler, der gælder for aftaleændringer. Ifølge SL § 28, nr. 1, skal *vedtægterne* for et kapitalselskab angive selskabets navn. Ændringer i navnet kan altså kun ske gennem vedtægtsændringer. En sådan pligt til at involvere deltagere i navneændringer gælder ikke nødvendigvis for andre selskaber.

Et virksomhedsnavn kan enten beskrive virksomheden (f.eks. “Nørrevolds Bodega”) eller være et fantasinavn (f.eks. “NASA”). Jo mere unikt navnet er, desto lettere er det at positionere virksomheden i forbrugerens bevidsthed. En sådan positionering kan styrke virksomhedens varemærkebeskyttelse. Omvendt ligger fordelene ved et beskrivende navn i sit signal om produktet til forbrugerne. Hvis virksomheden ønsker en stærk tilstedeværelse

Valget af virksomhedsnavn

på elektroniske platforme, herunder internettet, kan det have betydning for valget af navn, om navnet kan registreres som internetdomænenavn inden for det topleveldomæne (f.eks. .dk eller .com), hvor virksomheden ønsker at optræde.

Et beskrivende virksomhedsnavn kan enten knyttes sammen med virksomhedens *produkt* (f.eks. “Rockwool”) eller til forhold omkring produktet eller virksomheden, f.eks. dens *beliggenhed* (f.eks. “Brostræde Is” eller “Nyhavn 17”), eller dens indehavere (ved navns nævnelse). Da disse valg er centrale for virksomhedens evne til at markedsføre sine produkter, må de træffes efter et indgående kendskab til produktet og markedet.

Uanset hvilket kriterium der vælges for virksomhedens navn, bør man tage højde for, at de faktiske forhold, som navnet henviser til, kan forandres – f.eks. fordi virksomheden ændrer produkt-sortiment, beliggenhed eller indehaverkreds. I liberale erhverv, hvor den personlige tilknytning spiller en afgørende rolle, lader man ofte navnet falde sammen med indehavernes personnavne (Hansen, Petersen & Jensen I/S). Dermed må virksomhedsnavnet ændres, hvis en indehaver udtræder. Men selv sådanne navne kan der opstå strid om. Interessen i at opretholde et indarbejdet I/S-navn med et antal personnavne kan være mere væsentlig end interessen i klart at signalere den aktuelle ejerkreds. I I/S’er, hvis virksomhed udmønter sig i et stort antal enkelttransaktioner og en flygtigere tilknytning mellem virksomhed og klientel, kan navnets genkendelighed have større betydning end signalværdien af, at “Hansen” er eller har været tilknyttet virksomheden.

*Navneret ved
ophør*

Hvis virksomhedens navn rummer en særlig *goodwill*, bør aftalen fastlægge navnets skæbne, hvis I/S’et opløses. For partnerskaber mellem musikere (“The Beatles”) kan navnet være altafgørende for salgbarheden. Medfører en uenighed (f.eks. om den kunstneriske linje) at gruppen opløses, bliver retten til at videreføre navnet kritisk. Én måde at regulere dette tema på er at fastslå, at navnet ophører, hvis ikke medlemmerne A, B og C sammen er til stede i gruppen. En anden løsning er at give en enkelt nøgleperson ret til navnet. En tredje – som nok bør være tilbagefaldsreglen – kan være at betragte navnet som et aktiv, som ved uenighed eller opløsning kan gøres til genstand for “intern auktion”, se herom det følgende afsnit.

2.2.d. Deltagernes indbyrdes forhold

I deres indbyrdes forhold må deltagerne i en virksomhed først og fremmest enes om, hvorledes virksomheden skal realisere sin fortjeneste, altså udmønte sit forretningsgrundlag. Selv om både A og B er enige om, at der er penge at tjene på ejendomsmarkedet, kommer de ikke langt, hvis A ser indtjeningsmulighederne ved køb og salg, mens B vil satse på udlejning. Problemet vil ofte være bragt på det rene i forbindelse med valget af aftalepart, se *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.2.a., herunder med omtale af de såkaldte *opportunity studies*, *preliminary feasibility studies* og *feasibility studies*. Er parternes enighed om de grundlæggende strategiske spørgsmål afgørende for transaktionen, bør denne enighed finde udtryk i aftaledokumentet, enten som egentlige betingelser, som kan føre til frigørelse ved manglende indfrielse, eller ved at strategien skrives ind i aftalens præambel og dermed markeres som selve forudsætningen for den langsigtede transaktion.

Forretningsgrundlaget

Fordelen ved at etablere virksomhed med andre er, at deltagerne i fællesskab kan løfte opgaver, som de ikke magter hver for sig. Ulempen viser sig, når der opstår uenighed, f.eks. ved uforudsete hændelser eller markante ændringer i markedsforhold. En række af disse spørgsmål kan håndteres loyalt gennem saglige forhandlinger, se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.5.b. I tillæg dertil kan der være behov for aftaleretlige løsningsmodeller, f. eks. gennem vilkår om hurtig konfliktløsning, jf. herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 9.5. om alternativ konfliktløsning.

Beslutningsproceduren

Får virksomheden brug for *yderligere indskud*, kan der opstå en række kritiske spørgsmål: Skal der præsteres ny egenkapital eller optages nye lån, eventuelt med deltagerne kaudion? Eller skal virksomheden ophøre, hvis finansieringskilderne udtømmes? Det er sjældent muligt at tage endelig stilling til den slags spørgsmål ved stiftelsen. Forholdene tegner sig altid anderledes, når de aktualiseres. Drøftelserne herom kan gå lettere, hvis parterne har udtrykt deres visioner i en nedfældet *forretningsplan*. Den slags planer skrives ofte ved stiftelsen af en virksomhed, hvor de bl.a. kan danne grundlaget for eksterne investorers beslutning om at finansiere den.

Parterne bør også rette blikket fremover og forberede deres *udtræden* af virksomheden. En sådan udtræden vil på et eller andet tidspunkt blive aktuel, enten fordi en deltager går på *pension*

Ophørsregulering

eller har *mistet interesse* i virksomheden, eller fordi der er opstået *uenighed*. En ophørsregulering er også nødvendig ved *udefrakommende* forhold, som f.eks. en deltagers invaliditet, dødsfald eller konkurs. Behovet for at aftaleregulere disse spørgsmål beror på den selskabsretlige ramme. Det er lettere at overdrage en ejerandel i et kapitalselskab end at genforhandle en I/S-aftale med henblik på ind- og udtræden. De grundlæggende problemer af økonomisk og personlig art er de samme: Hvad skal ejerandelen koste, hvem ønsker man at lukke ind som medindehaver, og på hvilke vilkår skal denne udskiftning ske?

Deadlock

Et særligt spørgsmål er, hvem der har den afgørende beslutningsmagt ved en uenighed, der ikke kan løses ved, at et flertal nedstemmer et mindretal. Da en stemmemajoritet repræsenterer en værdi, som har været kendt på forhånd, vil svaret på dette spørgsmål som regel være reflekteret i aftalens beslutningsregler: Enten skal den ene part (eller deltagerkreds) have magt til at nedstemme den anden. Eller også tager aftalen højde for, at der kan opstå et beslutningsmæssigt “dødt løb” (*deadlock*), hvor to lige store stemmeandele ikke kan nedstemme hinanden (såkaldt “paritet”).

Den vetoret, der opstår ved *paritet*, kan være afgørende for en deltager, der ønsker fuld kontrol over overskudsdeling eller optagelse af nye deltagere. Men vetoet kan være et tveægget sværd, da de øvrige deltagere jo har en tilsvarende vetoret. En sådan magtkamp kan blokere for væsentlige beslutninger med den virkning, at parternes samarbejde før eller siden må bringes til ophør. Derfor bør regler om vetoet reserveres for formål, der i praksis kun *kan* opfyldes ved fuld enighed mellem alle deltagere, f.eks. om optagelse af nye partnere.

Et *deadlock* kan enten opstå *tilfældigt*, fordi fordelingen af et stort antal stemmer falder ligeligt ud, eller *forventeligt* som udslag af en senere opstået, men principiel uenighed mellem to parter. Forventelige *deadlocks* kan f.eks. forekomme i joint ventures, hvor der måske kun er to parter med ligelige ejerandele. Se herom *Engsig Sørensen* (2006), s. 631 ff., og samme forfatter (2015), s. 155 ff., med omtale af aftaleretlige og selskabsretlige løsninger.

Udtrædelsesret

Giver aftalen en deltager adgang til at nedstemme en anden i relation til vitale spørgsmål, bør den også give den eller de nedstemte mulighed for i så fald at *træde ud* af virksomheden med

kort varsel. Udtræden vil som regel være den adækvate reaktion ved grundlæggende uenigheder. Foruden de praktiske forhold, der har at gøre med udtræden af interessentskaber eller med salg af ejerandele i kapitalsekskaber (herunder navnlig om forkøbsret til ejerandele), må aftalen tage stilling til, hvilken *værdi* den udtrædendes ejerandel skal opgøres til. På den *ene side* har den udtrædende et rimeligt krav på at få frigjort sin investering (hvilket taler for at tage udgangspunkt i virksomhedens salgspris ved almindeligt salg). På den *anden side* har de tilbageværende deltagere en interesse i ikke at skulle belastes uforholdsmæssigt af at skulle finansiere den udtrædendes ejerandel.

Ejer parterne en lige stor andel af virksomheden, kan en uenighed om værdiansættelsen af den udtrædendes andel løses ved at afholde en såkaldt *intern auktion*. En aftale herom betegnes undertiden som en "*musefældeklause*l". Aftalen indebærer, at parterne forpligter sig til skiftevis at afgive bindende tilbud til hinanden om at købe de øvrige parterers andel af virksomheden (f. eks. en aktiepost) til en bestemt pris, som budgiveren også forpligter sig til at ville acceptere at afstå sin andel til. Se for en nærmere gennemgang af musefældeklause

*klause*l
*klause*l

lens problemer *Werlauff & Nørgaard* (1987), s. 101, *Werlauff & Nørgaard* (1995), s. 145 og 219 f. (med paradigma) og *Lego Andersen* (2000), s. 102 f. med konciperingsforslag s. 142 f.

Et vilkår om en sådan intern auktion må afklare en række tekniske forhold, bl.a. om hvilken *acceptfrist* der skal være gældende, og om *afstanden* mellem de tilbudte beløb. En klause

l om intern auktion i en ejerftale kan f.eks. lyde:

“Hvis A må konstatere, at A og B ikke har kunnet nå til enighed om et forhold vedrørende driften af selskabet, som A anser for at have afgørende betydning for hans aktiebesiddelse, har han ret til at tilbyde B enten at sælge hele sin aktiepost (men ikke en del af den) eller at købe B's aktiepost, i begge tilfælde til et beløb, hvis størrelse fastsættes i et skriftligt tilbud til B. 15 dage efter modtagelsen af dette tilbud skal B enten acceptere det, eller afgive tilbud til A om at købe dennes aktiepost til et beløb, der ligger mindst _____ kr. over det af A tilbudte, eller sælge sin egen aktiepost til et tilsvarende beløb. Ved modtagelsen af B's tilbud skal A enten acceptere tilbuddet, eller fremsætte nyt tilbud, alt efter de samme regler. Denne procedure fortsættes, indtil der foreligger en bindende accept om enten køb eller salg fra en af parterne.”

Intern auktion kan også anvendes ved opløsningen af et selskab, hvor begge parter ønsker retten til enkelte aktiver. A og B strides f.eks. om, hvem der skal have retten til navnet på den virksomhed, de i fællesskab har drevet. A tilbyder at sælge navnet til B for 10.000 kr., med den tilføjelse, at han i givet fald ville være parat til at købe navnet for denne pris. Hvis B finder dette beløb for lavt, må han selv tilbyde at købe navnet for en højere pris, f.eks. 15.000 kr., som han i givet fald også er parat til at sælge til. Finder B, at prisen er for høj, må han slå til, hvorved han modtager de af A tilbudte 10.000 kr. Hvis ingen af parterne ønsker at udtage aktivet, burde der være grundlag for enighed om at sælge det bedst muligt til tredjemand. Hvis kun den ene part ønsker det, kan den anden parts manglende interesse ses som udtryk for, at aktivet ingen værdi har. Har aktivet en markedsværdi, er der intet til hinder for at pålægge parterne at afholde intern auktion, selv om kun den ene part er interesseret i aktivet. Den anden parts deltagelse vil da ske med sigte på efterfølgende at afhænde aktivet.

– gennemførelse

En intern auktion gennemføres gerne således, at begge parter samtidigt afgiver bindende tilbud mod hinanden. Tilbuddene, der eventuelt kan fordres understøttet af en bankgaranti, afgives til en troværdig tredjepart, f.eks. en notar eller en advokat udpeget af parterne i fællesskab. Interne auktioner er vanskelige at gennemføre med mere end to deltagere i virksomheden. Vanskeligheden består i, at "B" i så fald kan dele sig i et flertal og et mindretal. Reglen må da suppleres med regler om, hvilken ret hver enkelt part har til at afgive modtilbud.

– anvendelighed

En intern auktion giver kun mening mellem deltagere, der reelt har mulighed for at overtage hinandens ejerandele. Den er et mindre hensigtsmæssigt middel mod beslutningsdødvande mellem parter, der ikke er økonomisk ligeværdige, hvor den økonomisk stærkere part vil have bedre muligheder for at opnå det omtvistede gode end den svagere. Dermed får den ene parts økonomiske overlegenhed samme virkning som en stemmemæssig overvægt. Hertil kommer ulempen ved, at den købende part for at sikre sig ejerskabet til virksomheden kan blive tvunget til at betale en overkurs for det omtvistede aktiv (f.eks. en bestemmende kapitalandel).

Andre muligheder

Alternative metoder til løsning af uenighed kan være *lodtrækning* samt opsigelse af en mindretalsdeltager (eventuelt med for-

kortet opsigelsesvarsel hvis årsagen er en konstateret uenighed). De fleste virksomhedsejere vil dog vægre sig mod at skulle lade fundamentale spørgsmål afgøre på den måde. Se i øvrigt om forholdsregler ved forhandlingsdødvande, *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.5.f.

2.2.e. Tredjemandsrelationer

Virksomhedens forhold til tredjemand styres først og fremmest af reglerne om navn og tegningsret, jf. ovenfor. I særlige typer af virksomheder kan det være relevant at regulere spørgsmålet om kreditorernes ret til fyldestgørelse, se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.4.e., med omtale af retsplejelovens § 514, stk. 2. For kapitalselskabet er parterne begrænset i deres frihed til at begrænse tegningsretten i henhold til SL § 135, stk. 3. Ifølge denne bestemmelse kan den tegningsret, som efter stk. 2 tilkommer det enkelte medlem af bestyrelsen og direktionen, alene begrænses, således at tegningsretten kun kan udøves af flere medlemmer i forening eller af et eller flere bestemte medlemmer hver for sig eller i forening. Anden begrænsning i tegningsretten kan ikke registreres.

Som tidligere nævnt spiller skattevirkningerne en central rolle for, hvordan virksomheden etableres og drives. Vælger man at drive virksomhed via et kapitalselskab, vil dettes overskud blive undergivet dobbelt beskatning, nemlig dels ved den *selskabsbeskatning*, der sker i selskabet, dels ved indkomstbeskatning hos indehaveren. Effekten af denne dobbeltbeskatning reduceres, i det omfang indehaveren oppebærer løn for sit arbejde for selskabet. Som andre udgifter fradrages lønnen ved opgørelsen af selskabets overskud, hvorved beskatningsgrundlaget reduceres.

Drives virksomheden som *enkeltmandsfirma*, er den skatteretlige hovedregel den enkle, at indehaveren beskattes af alle indtægter, idet han kan udgiftsføre alle udgifter og afskrivninger mv. Det samme gælder, hvis virksomheden drives i interessentskabsform, idet interessentskabet skattemæssigt behandles som en flerhed af enkeltmandsvirksomheder, fordelt i forhold til den delingsnorm, der gyldigt er aftalt mellem dem. Den personlige virksomhedsindehaver skal derfor betale skat af det overskud, der tænkes anvendt til nyinvesteringer. Hvis indehaveren er genstand for høj marginalbeskatning, kan skatten vanskeliggøre en konsolidering med henblik på nyinvesteringer mv. For at afbøde

Skattespørgsmål

disse konsekvenser giver reglerne i lov om indkomstbeskatning af selvstændige erhvervsdrivende (virksomhedsskatteoven), jf. lovebekendtgørelse nr. 1114 af 18. september 2013, selvstændige erhvervsdrivende mulighed for at underlægge sig den såkaldte *virksomhedsskatteordning*. Den minder om beskatningen af kapital-selskaber, idet overskud, der spares op i virksomheden, beskat-tes med en acontoskatteprocent svarende til selskabsskatten (i 2016 på 22 %). Det opsparede overskud bliver endeligt beskattet efter den samlede skattesats, der gælder i ejerens kommune, når ejeren hæver beløb fra virksomheden til sin private økonomi.

Overdragelse af virksomheder og virksomhedsandele rejser en række komplicerede skatteretlige spørgsmål, som ikke berøres her. Kan der ikke skabes klarhed om den skatteretlige stilling, f.eks. fordi denne beror på fortolkning eller skøn, kan parterne forsyne aftalen med et *skatteforbehold*. Som nævnt i *Praktisk af-taleret*, afsnit 5.5.b., kan et sådant forbehold sikre, at aftaleregu-leringen af en transaktion, hvis økonomi står og falder med en bestemt skattemæssig effekt, enten tilpasses eller genforhandles, hvis den forventede effekt udebliver. Som nævnt samme sted kan parterne dernæst søge en sådan usikkerhed afklaret ved at indhente *bindende ligningssvar* om sådanne afgørende, men uaf-klarede skattes spørgsmål.

2.3. Interessentskaber

2.3.a. Generelle spørgsmål

Begreb

Et interessentskab er en virksomhed, hvis deltagere alle hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser, LEV § 2, stk. 1. I den selskabsretlige systematik an-ses interessentskaber som *personselskaber*, hvor mindst en af del-tagerne hæfter personligt for selskabets gæld. I samme kategori finder man enkeltmandsvirksomheden (som ikke omtales nær-mere her) og kommanditselskabet (som kort omtales i afsnit 2.6.). Den fælles hæftelse og risikopåtagelse etablerer en indbyrdes re-lation, der typisk vil være langt fastere og mere loyalitetsbetonet end den, der består mellem ejerne af et kapitalselskab (hvis ikke de har bundet sig tilsvarende i en ejerftale, se herom afsnit 2.5.). Derfor egner interessentskabsformen sig navnlig til langsigtede og forpligtende forretningssamvirker mellem aktive deltagere.

En enkeltmandsvirksomhed kan ikke kategoriseres som et “selskab”, uanset hvor betydelige værdier den omsætter, da dens retssubjektivitet jo falder sammen med den fysiske person. I den juridiske teori diskuteres det, om et interessentskab skal betragtes som en selvstændig juridisk person, og dermed som et selvstændigt – fra deltagerne adskilt – retssubjekt. For et benægtende svar på dette spørgsmål taler, at interessenterne hæfter umiddelbart for interessentskabets gæld, hvorved der ikke opstår nogen særskilt formue for interessentskabet: Alle pligter mv. kan som udgangspunkt føres videre til de enkelte interessenter. Derimod kan en dom over en interessent ikke danne grundlag for udlæg hos interessentskabet, jf. *U 1995.803 ØLK*. Heroverfor står det forhold, at interessentskabets fælleskreditorer i dansk ret antages at have fortrinsret til interessentskabets aktiver (se hertil *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Dansk Selskabsret 3 – interessentskaber*, 3. udg. (2015), s. 504 ff. og 515 ff.), hvorved de i en vis forstand er stillet på samme måde som i et selskab med sin egen formue og sin egen juridiske personlighed, f.eks. et kapital-selskab. I sin ph.d.-afhandling *Interessentskabsretlige problemer* (2003) argumenterer *Claus Molbech Bendtsen* for, at interessentskabet generelt skal betragtes som en juridisk person, se navnlig s. 81-141. Se til den teoretiske diskussion *Noe Munck* i samme og *Hedegaard Kristensen: Selskabsformerne*, 7. udg. (2014), s. 77 ff., der korrekt angriber problemstillingen i relation til de forskellige retsområder, hvor der kan være tale om at antage en selvstændig juridisk personlighed (f.eks. tinglysning, kendetegnsret, insolvensret, procesret etc.).

Behovet for at aftaleregulere et interessentskab beror på, om interessentskabet er nystiftet, eller om aftalen herom bekræfter og nuancerer de vedtagelser, der allerede foreligger mellem en eksisterende kreds af interessenter. De følgende bemærkninger fokuserer primært på aftaler om stiftelse af et *nyt* interessentskab. Her vil aftaleparterne ofte være iværksættere, og genstanden for interessentskabet vil være en virksomhed, hvis succes endnu er ukendt.

Aftaleindgåelse

Ved *optagelse* af nye interessenter i et eksisterende interessentskab former aftaleindgåelsen sig anderledes, fordi parterne har en eksisterende aftale og en kendt virksomhed at gå ud fra. Den nye interessent vil ofte være en tidligere ansat, f.eks. en nyuddannet advokat, der optages som partner i et advokatfirma. Overgangen fra ansat til partner markerer et principielt spring: Fra at være underlagt ansættelsesrettens præceptive regler bliver den tidligere ansatte nu selvstændig erhvervsdrivende med regnskabspligt

etc. Her gælder et generelt princip om aftalefrihed, der kun modificeres ved de rammer for “urimelighed”, der sættes af AFTL § 36. F.eks. kan det gyldigt aftales, at en interessent kan opsiges uden varsel, eller at han hverken har ret til ferie eller løn under sygdom.

Baggrundsret

På grundlag af retspraksis har den juridiske teori udviklet en vis baggrundsret, der tjener til at udfylde aftaler om interessentskaber. Den vægtigste oversigt over denne baggrundsret foreligger med *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Dansk selskabsret 3, Interessentskaber*, 3. udg. (2015), hvor hovedparten af de reguleringstemaer, der omtales i det følgende, belyses ved relevante retskilder, herunder retspraksis. Se også *Noe Munck* i samme og *Hedegaard Kristensen (red.): Selskabsformerne*, 7. udg. (2014), s. 71 ff. Ud over LEV foreligger den eneste lovregulering for interessentskaber med rådets forordning nr. 2137/85 af 25. juli 1985 om indførelse af *europæiske økonomiske firmagrupper* (EØFG), også kaldet eurointeressentskaber.

Med sit EU-retlige udspring kan eurointeressentskabet etableres uafhængigt af nationale formalia og præceptive regler. Dermed bliver det en fleksibel ramme for en *joint venture*-lignende virksomhed med interessenter fra forskellige EU- eller EØS-medlemsstater. På grund af forbuddet mod transformering af forordninger til national ret baseres hele EØFG-retsdommen på EU-ret, se herved lov om administration af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs forordninger om indførelse af europæiske økonomiske firmagrupper (jf. lovbekendtgørelse nr. 281 af 1. april 1997). Et eurointeressentskab skal ledes af en *forretningsfører* (eller flere, jf. art. 19-20), der repræsenterer det over for tredjemand. Forretningsføreren skal være en fysisk person, jf. dog den særlige regel i art. 19, stk. 2. Han udnævnes i stiftelsesdokumentet eller efter medlemmernes beslutning. Art. 3, stk. 2, opstiller en række begrænsninger, herunder udøvelse af gensidigt ejerskab, kontrol indadtil, samt ansættelse af mere end 500 lønmodtagere. *Lån og overførsel* af goder mellem et selskab og dets aktionærer/ledelse kan ikke ske gennem eurointeressentskabet i videre omfang end direkte mellem selskab og aktionærer/ledelse efter medlemsstaternes selskabsregler. Er andet ikke fastsat i forordningen, gælder den nationale ret i den stat, hvor firmagruppens hjemsted ligger (ifølge stiftelsesoverenskomst), jf. forordningens art. 2. Se i øvrigt *Friis Hansen & Krenchel* (2015), s. 32 ff. og 256 ff., *Kirsten Mandrup & Lene Kærgaard Hansen* i U 1986B.57 ff. og *Jan-Erik Svendsen* i U 1989B.153 ff.

LEV § 2, stk. 3, 1. pkt., undtager interessensskabet fra reglerne om registrering og anmeldelse. Kun interessentskaber, hvor alle deltagerne er aktieselskaber, partnerselskaber (kommanditaktieselskaber), anpartsselskaber eller selskaber med en tilsvarende retsform, skal registreres, jf. 2. pkt.

Registrering

At interessentskabet kan karakteriseres som et personselskab (se herom s. 46) viser sig først og fremmest ved den direkte, umiddelbare og solidariske hæftelse for interessenterne. Den indebærer bl.a., at de (i forhold til deres interessentskabsandele) beskattes *umiddelbart* i forhold til de skatteretligt relevante begivenheder, interessentskabet oplever (såkaldt *skattemæssig transparens*). Hver interessent afskriver på driftsmidler og fradrager omkostninger og undgår dermed den dobbeltbeskatning, der sker i et kapital-selskab. Kapitalselskabet er derimod et selvstændigt skattesubjekt, der betaler skat af sit overskud inden udlodning. Se herved den generelle regel i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2, hvorefter selskaber, hvori ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold tildeltagerens i selskabet indskudte kapital, anses for skattepligtige i henhold til loven og dermed som selvstændige skattesubjekter.

*Skattemæssig
transparens*

Før aftaleindgåelsen vil interessenterne normalt have undersøgt hinanden indgående, se herom *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.1.a., og *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.2. Blandt andet bør de kommende interessenter sikre sig, at de *ønsker* at drive den samme type virksomhed, at de står for samme *stil og etik*, og at de respekterer hinandens dygtighed og kvalifikationer.

Aftaleformen

Interessentskabsaftaler bør nedfældes *skriftligt* og konciperes med særlig fokus på de risici, der kan true interessenternes vej mod det fælles mål. Den færdige interessentskabsaftale behøver ikke nødvendigvis være et omfattende og detaljeret dokument. Men de centrale temaer om indskud, beslutningskraft, tegningsberettigelse og overskudsdeling må på plads, jf. herom i det følgende. Som tiden går, stiger risikoen for, at uforudsete omstændigheder forrykker parternes oprindelige forudsætninger. Selv interessentskaber om enkeltstående transaktioner bør afklare de grundlæggende spørgsmål, der kan give anledning til uenighed, sml. til illustration *U 2002.765 H* om opgøret efter modemessen "Cph Vision". Ved konciperingen bør parterne også holde sig for øje, at aftalen skal kunne fremvises for tredjeparter,

– skriftlighed

f.eks. skattemyndigheder eller kreditgivere, der ønsker dokumentation for, hvem der kan forpligte interessentskabet. Aftalen skal også kunne bane vejen for, at nye interessenter ubesværet kan indtræde i ejerkredsen.

– *mundtlige aftaler*

Mundtlige interessentskabsaftaler forekommer undertiden mellem familiemedlemmer, f.eks. om drift af mindre familievirksomheder, hvor ejerskabet “går i arv”. Ligeledes kan mundtlighed forekomme, når et interessentskab kommer til verden gradvis, f.eks. når musikere, der først optræder uformelt sammen, senere formaliserer deres sammenspil i en gruppe. I øvrigt kan det være hensigtsmæssigt at kombinere skriftlighed og mundtlighed, f.eks. således at den *årlige overskudsfordeling* aftales mundtligt, mens de *generelle principper* herfor (lignedeling eller “*eat what you kill*”) nedfældes på skrift.

Fortroligheds-hensynet

Ønsket om at sikre aftalen mod utilsigtet eksponering kan tale for at benytte flere *aftaledokumenter*, f.eks. så regler om overskudsfordeling og konsolideringspolitik nedfældes i ét dokument (der løbende revideres), mens regler om tegningsret og beslutningskompetence (som ofte skal forevises tredjeparter) nedfældes i et andet. Denne form for aftalekonciperer er dog ikke problemløs. Se generelt herom, og navnlig om brug af “*side letters*”, *Praktisk aftaleret* afsnit 1.3.e. Ønsker parterne en særlig fortrolighed om vilkårene i interessentskabsaftalen, bør de aftale, at konfliktløsning sker ved *voldgift*, jf. *Praktisk aftaleret*, s. 442.

Deltagerne

Parterne i en interessentskabsaftale kan enten være *fysiske eller juridiske personer* (herunder erhvervsdrivende fonde, foreninger og offentlige myndigheder). Deltager en juridisk person som interessent, bør de øvrige parter enten sikre sig indeståelse fra ejerkredsen eller indføje en *change of control*-klausul, se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.1.d., og *Tamasauskas* (2006), s. 253 ff. Også offentlige myndigheder kan indgå interessentskabsaftaler. Der findes talrige eksempler herpå i de fælleskommunale virksomheder, der f.eks. indgås om renovation, sportsanlæg og andre kommunale aktiviteter.

2.3.b. Indskud, finansiering og hæftelse

Indskud

Parterne i et sameje er sjældent i tvivl om samejets genstand, f.eks. en fast ejendom. Derimod bør parterne i et interessentskab afklare, hvilke værdier de indskyder, navnlig hvis en interessent

driver andre virksomheder, eller hvis interessenten ønsker at drive virksomhed uden for interessentskabet. Foreligger ingen anden aftale, gælder der en formodning for, at interessentskabet oppebærer frugterne af alle de anstrengelser, interessenterne lægger i det. Viser det sig f.eks., at en opfindelse har andre udnyttelsesmuligheder end forudsat, da den blev gjort, bør interessentskabet have glæde af de uventede indtægtsmuligheder, selv om opfindelsen skyldes den ene interessents genialitet. Den interessent, der ønsker særrettigheder i en sådan situation, bør derfor sikre aftale herom.

Man behøver hverken indskyde kontanter eller formuegoder for at blive interessent. Som anført s. 37 kan det give god mening, at A bidrager med sin *arbejdsindsats* (uden at skyde midler ind), at B stiller et *produktionsapparat* til rådighed, at C lægger *sit gode navn eller sin kreditværdighed* til, og at D indskyder *likviditet*, men uden arbejdspligt. Indskydes på den måde forskellige typer af formuegoder, bør aftalen fastslå deres regnskabsmæssige værdi ved opgørelsen af interessenternes kapitalkonti, jf. herom straks nedenfor. F.eks. er det almindeligt, at en interessent, der ikke har indbetalt midler ved sin indtræden, heller ikke får nogen interessentskabsandel udbetalt ved sin udtræden (en praksis, der ofte omtales med ordene "*nøgen ind, nøgen ud*"). De forskellige måder at bidrage til interessentskabets resultat nødvendiggør også en regulering af interessentskabets overskudsfordeling, jf. nærmere i afsnit 2.3.d.

Når interessentskabet aflægger regnskab, bogføres den enkelte interessents andel af egenkapitalen (formuen) på interessentens *kapitalkonto*, der føres i interessentskabets bogholderi og udtrykkes i dets regnskab. Kapitalkontoen viser de værdier, den enkelte interessent har bragt ind i, og hævet fra, interessentskabet, samt de enkelte interessents andel i den samlede formue. Summen af interessenternes kapitalkonti udgør dermed interessentskabets egenkapital. Udviklingen i egenkapitalen år for år viser, hvordan interessenternes oprindelige eller senere *indskud* har udviklet sig ved senere *overskud eller tab* (hvad enten det er udloddet eller akkumuleret) eller værdiændringer. Ligesom egenkapitalen opgøres *kapitalkontoen* senest ved udløbet af hvert regnskabsår.

Regnskabets talopgørelser vil normalt ligge til grund for interessenternes vedtagelser om overskudsudlodningen og dermed

Ejerandele og kapitalkonti

Regnskabsprincipper

for den enkelte interessents skattemæssige stilling. Derfor bør aftalen forholde sig til, hvordan interessentskabets aktiver (f.eks. løsøre, fast ejendom og immaterielle rettigheder) værdiansættes. Der er sjældent behov for at aftaleregulere værdien af *omsætningsaktiver*, der jo typisk løbende bliver *omsat* og dermed realiserer et provenu, som herefter indgår i virksomhedens resultat. Derimod kan der være behov for at afklare værdiansættelsen af *varelagre*, hvad enten der er tale om *råvarelagre*, som endnu ikke er blevet til færdigvarer, eller om *færdigvarelagre*, som det *ikke* lykkes at omsætte, og som derfor skal optages til en eller anden (måske nedskreven) værdi. Ligeledes kan det være hensigtsmæssigt at aftaleregulere den regnskabs- og fordelingsmæssige behandling af *anlægsaktiver*. Som nævnt s. 96 er de regnskabsmæssigt bogførte værdier ikke nødvendigvis afgørende for, hvilke værdier interessenterne kan medtage i en ophørsituation.

Forrentning af kapitalkonti

Interessentskabsaftalen bør også afklare interessenternes pligt til at forrente deres positive eller negative kapitalkonti over for hinanden. At en interessent har en *positiv kapitalkonto* i interessentskabet skyldes typisk enten, at han har præsteret et *kapitalindskud*, eller at han ikke har hævet en *overskudsandel*. En uhævet positiv kapitalkonto giver interessentskabet likviditet: Har interessentskabet pengeinstitutindlån, oppebærer det måske renteindtægter. Har det gæld, vil kapitalkontoen nedbringe denne gæld og dermed reducere interessentskabets renteudgifter. Situationen er (med modsat fortegn) identisk, når en interessent har en *negativ kapitalkonto*. I begge tilfælde bør interessenterne aftale en *intern forrentning*. Typisk aftales det, at positive eller negative kapitalkonti forrentes med den rente, interessentskabet betaler for sine pengeinstitutindlån og -udlån.

Hæftelse

Nært forbundet med interessenternes pligt til at præstere kapitalgrundlaget for interessentskabet er deres personlige *hæftelse* for den gæld, interessentskabet påtager sig. Realøkonomisk beror værdien af en hæftelse på konsekvenserne af at aktualisere den. En hæftelse, der dækker et stort beløb, og som påhviler en solid person, vejer tungere end et kontant indskud af et mindre beløb fra en mindre solid person. Sådanne forskelle bør interessentskabsaftalen tage højde for, f.eks. ved overskudsfordelingen. Er der mærkbare forskelle mellem interessenternes soliditet, kan det være rimeligt at lade den mere velbeslåede deltager optræde som

kommanditist i et *kommanditselskab*, hvori de øvrige bliver komplementarer. Dermed begrænses kommanditistens hæftelse til indskuddet. De relevante aftalereguleringer i et sådant samvirke er i alt væsentligt som i et interessentskab. En anden metode til at skærme den solide deltager kan være at lade vedkommende optræde som interessent via et helejet kapitalselskab.

2.3.c. Arbejdspligt

Typisk vil alle interessenter præstere en arbejdsindsats til gavn for interessentskabet. Passive kapitalinvestorer foretrækker normalt at deltage i kapitalselskaber. Men hvordan og hvor meget? De aftalemæssige svar på disse spørgsmål minder om dem, man anvender i aftaler om arbejdsopdrag, jf. nærmere i kapitel 4. Udfordringen er nemlig den samme: Man kender først arbejdets art og omfang, når man står med den enkelte opgave. Derfor gælder det om at tilvejebringe en aftaleretlig ramme, der kan sikre forudsigelighed og fleksibilitet på samme tid. I interessentskabsforhold kan man ikke henviser til arbejdsgiverens ret til at “lede og fordele arbejdet”, da alle interessenter jo i en vis forstand er hinandens arbejdsgivere. Derimod kan man benytte de principper, der skitseres under 2.3.e., om reguleringen af beslutningsprocedurer.

Problemstilling

I mange interessentskaber forudsættes deltagerne (eller nogle af dem) kun at skulle præstere en begrænset indsats. Sådan er det f.eks., når formålet er investeringsmæssigt, se hertil *Friis Hansen & Krenchel* (2015), afsnit 4.2.2, om “det stille selskab”. Grænsedragningen mellem interessentskabet og samejet kan her være uskarp, jf. nærmere afsnit 2.3.g. En variant af det stille selskab er det såkaldte 10-mandsselskab, der stiftes som interessentskab eller kommanditselskab med henblik på udlejning af afskrivningsberettigede ejendomme eller driftsmidler.

Stille deltagere

At man normalt begrænser antallet af deltagere til 10, skyldes personskattelovens § 4, stk. 1, nr. 9, der afgrænser begrebet kapitalindkomst (med den heri liggende mulighed for at fremføre underskud) for passive investeringsprojekter således, at der skal være mellem 2 og 10 deltagere i sådanne typer af selvstændig erhvervsvirksomhed. Er der mere end 10 ejere af et passivt investeringsprojekt, kan underskud ikke fradrages i anden indkomst hos den enkelte deltager, men kun fremføres til fradrag i virksomhedens fremtidige overskud.

*Umulighed og
force majeure*

Når en interessent har pligt til at arbejde for interessentskabet, bør aftalen afklare virkningen af, at han er forhindret heri, f.eks. på grund af sygdom, inddragelse af en myndighedstilladelse (f.eks. en advokatbestilling) eller ved *force majeure*. Dele af denne regulering kan minde om den tilsvarende regulering i ansættelsesforhold, f.eks. i vurderingen af, om sygdom må anses for misligholdelse, og om langvarig sygdom bør give ret til opsigelse med forkortet varsel. Men den upræcise baggrundsret skærper kravene til detailreguleringen. Aftalen bør bl.a. afklare, om en part, der er afskåret fra at arbejde for interessentskabet, skal bære de faktiske omkostninger, hans fravær påfører de andre parter (f.eks. vikarudgift under et sygdomsforløb), eller om denne udgift skal anses som en almindelig driftsudgift, der afholdes af fællesskabet.

*Det almene
problem*

2.3.d. Overskudsfordeling

Et interessentskab behøver ikke have til formål at præstere overskud. Navnlig i den offentlige forvaltning finder man talrige interessentskaber, der har alene til formål at drive en bestemt aktivitet, f.eks. fælleskommunale selskaber, der driver en energi- eller miljøvirksomhed eller sportsanlæg. Men *hvis* interessentskabet tilsigter overskud, bør interessentskabsaftalen afklare, hvilke principper dette overskud skal fordeles efter. Hvad er højest – et tordenskrald eller Rundetårn? En arbejdsindsats (f.eks. en advokats evne til at skaffe klienter, henholdsvis at ekspedere sagerne) kan være vanskelig at værdiansætte, og forudsætningerne for at gøre det kan løbende ændre sig. A's indsats med at sikre kundegrundlaget er måske kritisk i år 1, hvor B's arbejdsindsats er mindre kritisk, men situationen kan tegne sig helt omvendt i år 5. Sådanne spørgsmål kan give anledning til hyppig og indædt strid. Derfor er parterne ofte bedre tjent med helt enkle principper herfor, idet detaljerne overlades til deres efterfølgende beslutning. Det kan blot ske gennem en vedtagelse om, at parterne efter afslutningen af hver regnskabsperiode beslutter overskuddets (eller tabets) fordeling. En sådan regulering kan efter omstændighederne suppleres med en bestemmelse, der fastsætter nogle overordnede retningslinjer.

*To løsnings-
varianter*

Der er to principielt forskellige måder at udlodde overskud på. Den ene består i at lade hver interessent hæve en overskudsandel,

der står i forhold til dennes omsætning (i den forretningsmæssige jargon ofte betegnet som “*eat what you kill*”-fordeling). Den anden består i at fordele overskuddet *lige*. Hvor den første variant er velegnet til små virksomheder, hvor hver interessent har sine egne kunder, og hvor driften ikke beror på et fælles produktionsapparat, er ligedelingsprincippet navnlig velegnet til interessentskaber med mange deltagere med forskelligartede arbejdsopgaver, hvor kunderne ikke har en særlig relation til den enkelte interessent.

Blandt advokater diskuteres det indgående, hvilken af de to modeller der er mest hensigtsmæssig og profitabel. Der er almindelig enighed om, at *ligedelingsprincippet* er bedst egnet til at udnytte interessentskabets kompetencer optimalt. Princippet inciterer nemlig de enkelte interessenter til at sende opgaverne hen til den interessent eller afdeling, der har bedst mulighed for at løse dem optimalt, selv om omsætningen ved opgaven mv. så også realiseres der (hvorved de involverede interessenter får lettere ved at nå deres budgetmål). Omvendt er *eat what you kill*-fordeling bedst egnet til interessentskaber, hvor interessenterne ikke har et integreret (og specialiseret) samarbejde, idet den enkelte deltager betjener egne kunder. Ved denne løsning undgår man også det præstationspres, der ellers vil påhvile den enkelte partner i form af budgetmål mv. En ligedelingsordning kan reelt kun fungere, hvor den enkelte interessent er underlagt budgetmål, som inciterer ham til at arbejde hen mod sådanne budgetmål. De to principper for overskudsdeling har ingen nødvendig sammenhæng med, om den enkelte interessent skal *betale* for at indtræde i interessentskabet. I store advokatvirksomheder med ligedeling er det sædvanligt, at nye interessenter ikke betaler for at indtræde og heller ikke modtager vederlag ved udtrædelse (“nøgen ind, nøgen ud”). Til gengæld opnås retten til ligedeling kun gradvis efter en periode på mellem 5 og 10 år (såkaldt *lockstep*-indtræden).

2.3.e. Drift, beslutningsprocedure og tegningsret

Enhver erhvervsvirksomhed drives i kraft af beslutninger. Interessenterne kan ikke forventes altid at være enige om alle disse beslutninger. Derfor bør de aftale, hvilke beslutninger der kræver enighed, og anvise en beslutningsvej ved uenighed. Uden en sådan procedure vil baggrundsrettens udgangspunkt være, at der kræves enstemmighed, jf. *Friis Hansen & Krenchel* (2015), s. 385 ff. Denne regel er begrundet med interessenternes personlige og direkte hæftelse: Når man hæfter således for en virksomhed, må man kunne nedlægge veto mod beslutninger, der i en

Problemstillingen

eller anden forstand påvirker ens hæftelse. Behovet for en sådan regulering er mindre i samejeforhold, hvor det samejede aktiv i højere grad “passer sig selv”.

I interessentskabsforhold kan et beslutningsdødvande, der skyldes udøvelsen af en sådan vetoret, være kritisk og i værste fald lamme driften. Den beslutningsprocedure, der må vedtages, må afpasses efter beslutningens karakter. Der er forskel mellem store og små beslutninger. Krav om enighed om den daglige drifts småbeslutninger må f.eks. høre til undtagelsen, jf. bemærkningerne s. 41. Også indgribende og principielle beslutninger må kunne træffes, selv om alle ikke er enige.

*Beslutnings-
magten*

I store interessentskaber (f.eks. større advokat- og revisionsvirksomheder) er interessenterne nødt til at underlægge sig styringselementer, hvorved de udpeger *særlige instanser*, f.eks. en bestyrelse, en “*managing partner*” eller særlige partnerudvalg, til at træffe afgørelse inden for forskellige ansvarsområder. Foruden praktiske ledelsesbeslutninger vedrørende personalestyring, markedsføring og bogføring mv. kan sådanne instanser f.eks. definere de enkelte interessenters budgetmål og afgive indstillinger i spørgsmål, der kræver alle interessenters godkendelse (f.eks. om optagelse af nye partnere). Det forekommer også, at de enkelte interessenter tildeles *forskellig beslutningsmagt*, f.eks. således at et antal “seniorpartnere” med større stemmевægt kan nedstemme “juniorpartnere” med mindre stemmевægt. Man kan også opdele beslutningskompetencen efter beslutningernes tema, således at den teknisk kyndige tager sig af beslutninger vedrørende produktionsapparatet og den markedskyndige af afsætningsstrategier. Sådanne regler lider dog under den svaghed, at talrige vidensområder er tværgående. Beslutninger om it-strategier er f.eks. dybt integreret i de regnskabsmæssige beslutninger. Opstår et kritisk forhandlingsdødvande, kan de teknikker, der er omtalt i *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.5.f. (herunder om brug af troværdige tredjeparter), overvejes anvendt. Interessenter vil dog sjældent ønske at afgive selvbestemmelse til tredjeparter.

Tegning

Når en beslutning er truffet, må den føres ud i livet. Det kræver ofte, at nogen disponerer på selskabets vegne. Interessentskabsaftalen må derfor afklare, hvem der kan *tegne* interessentskabet. Uden særlig vedtagelse udøver *alle interessenter* (eller i det mindste de, der efter vedtægterne udgør et beslutningsdygtigt

flertal) interessentskabets aftalekompetence. Har man ikke indføjret en tegningsregel i interessentskabsaftalen, må alle interessenter derfor underskrive. Tegningsreglen vil udpege et organ, som inden for bestemte grænser tildeles kompetence til at binde interessentskabet, f.eks. en “ordførende” interessent eller bestyrelsesformand. Den tegningsberettigede (eller alle interessenterne) kan dog også tildele kompetence ved at afgive *fuldmagt*. Det vil ofte ske ved at ansætte en person med *stillingsfuldmagt*, jf. AFTL § 10, stk. 2.

Tegningsregler bør finde en balance mellem sikkerhed og magelighed. På den ene side må interessentskabet værnes mod uønskede dispositioner. På den anden side må interessenterne forskånes for besværet ved at skulle godkende et væld af ukontroversielle dispositioner. Også hensynet til medkontrahenten spiller ind. Tegningsreglen må skabe sikkerhed for, at dispositionen binder interessentskabet. En sådan sikkerhed opnås ved præcis angivelse af de forskellige typer af dispositioner (f.eks. optagelse af banklån eller køb, salg eller belåning af fast ejendom). Omvendt kan en sådan tegningsregel være uforholdsmæssigt besværlig, hvis medkontrahenten forventes at kunne kontrollere de enkelte betingelser (f.eks. om et beløbsmæssigt loft for tegningsretten er nået). Derfor vil man ofte afgrænse tegningsreglen som LEV § 7, stk. 1, definerer den lovbestemte *prokura* (“alle forhold, der hører til driften”) eller som SL § 117, stk. 1, afgrænser direktionens tegningsret for så vidt angår den daglige ledelse (“ikke dispositioner, der efter kapitalselskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning”). Se i det hele taget om koncipering af kompetencetildelinger *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.2.b. og nedenfor afsnit 4.6.f. om fuldmagt.

Regler om tegningsret handler om, hvordan interessentskabet forpligtes ved den enkelte interessents dispositioner, jf. om denne begrebsanvendelse i selskabsretten, *Lynge Andersen & Schaumburg-Müller: Tegning og fuldmagt – nogle hovedspørgsmål* (2010), s. 41 ff. Et andet spørgsmål er, hvordan man – uden at være interessent – bliver forpligtet af dispositioner, der fremstår som truffet af interessentskabet. Hensynet til den godtroende tredjepart taler her for, at den, der *pro forma* vælger udadtil at fremstå som “indehaver” af en virksomhed, hæfter for virksomhedens dispositioner, jf. *U 2010.1514 V*, hvor en kvinde, der var registreret som ejer for sin samlevers virksomhed, hæftede for dennes dispositioner. En

deltager, der ikke ønsker at hæfte for interessentskabets forpligtelser, bør indtræde som kommanditist i et kommanditselskab – ikke som interessent i et interessentskab.

2.3.f. Udtræden og ophør

Problemstilling

Alting har en ende. Selv om interessentskaber kan bestå i adskillige år, må de oprindelige interessenter ofte sande, at energi og færdigheder rinder ud med årene, og at det forretningsmæssige formål, der bragte parterne sammen, måske trives bedst med nye og yngre deltagere. Derfor må interessentskabsaftalen indbygge regler, der sikrer, at interessentskabet kan bringes til ophør *helt* (hvorved alle interessenter forlader interessentskabet i forbindelse med en afslutning eller overdragelse af virksomheden) eller *delvis* (hvorved nogle interessenter træder ud, måske for at give plads for andre), når der er behov for det.

Varsel

Der er principielt intet til hinder for at indgå en *uopsigelig* interessentskabsaftale. Se f.eks. *U 2009.47 V*, der opretholdt en sådan uopsigeligheidsklausul i en administrationsaftale om et såkaldt 10-mandselskab (jf. herom s. 53, petitafsnittet). Det almindelige er dog at give adgang til opsigelse, f.eks. med seks måneders varsel til udløbet af et kalenderår. Er en sådan aftale ikke indgået, gælder de almindelige regler om opsigelse af løbende aftaler, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.4.c., hvorved interessentskabsaftalen kan bringes til ophør ved opsigelse med et passende varsel. Længden af dette varsel beror på et skøn, der på den ene side må tage højde for den interesse, den udtrædende part har i at kunne frigøre sig, og på den anden side de tilbageværende interessenteres interesse i at kunne omstille sig til et andet arbejdsliv i god tid. Afhængigt af interessentskabets karakter vil en opsigelsesfrist på 3-6 måneder til udløbet af et kvartal almindeligvis være passende.

Optagelse af nye

I mangel af anden aftale forudsætter partneroptagelse *enstemmighed*, allerede fordi optagelsen kræver et tillæg til interessentskabsaftalen, som alle interessenter – tidligere og nye – skal tiltræde, jf. *Noe Munck* i samme og Hedegaard Kristensen (red.): *Selskabsformerne*, 7. udg. (2014), s. 123 f. Er der mange interessenter, kan dette udgangspunkt give en enkelt interessent en vortoret, der kan være til skade for flertallets ønsker om ekspansion. Derfor kan det være hensigtsmæssigt at fravige udgangspunktet

gennem en regel om, at nye partnere kan optages ved majoritetsbeslutning, eventuelt efter en gennemført kvalitetssikring.

I store interessentskaber har de eksisterende interessenter ofte ikke nogen reel chance for at kende de nye interessenter så indgående, som man normalt vil forvente ved indgåelse af interessentskabsaftaler. I stedet følges da en procedure, hvorved nye partneremner gennemgår en såkaldt “partnerprøve”. Den kan f.eks. gå ud på, at de øvrige interessenter får muligheden for at samarbejde med partneraspiranten for dermed at kunne vurdere dennes faglige, forretningsmæssige, etiske og menneskelige kvalifikationer. Ligeledes kan der gælde en politik for optagelse af partnere, herunder med angivelse af, hvor mange år en medarbejder skal have været ansat i virksomheden for at kunne blive indstillet til partnerprøve, og hvor stor en procentdel partnerantallet (kaldet *partner ratio*) generelt bør udgøre ud af det samlede antal medarbejdere.

Partnerprøve

Når en interessent udtræder, skal værdien af hans kapitalkonto gøres op og frigøres. Hvis ikke parterne kan enes om alle disse spørgsmål, kan det ultimativt blive nødvendigt at opløse interessentskabet ved skifterettens foranstaltning, jf. ægtefælleskiftelovens § 1, stk. 1, nr. 4 (tidligere skiftelovens § 82), se f.eks. *U 1972.1053 Ø* (interessentskab) og *U 2012.2474 VLK* (bo bestående af sameje om 5 selvstændige ejendomme, heraf 3 sommerhuse til udlejning). Tvister om ejendomsretten til enkelte aktiver kan dog påkendes af domstolene ved almindeligt søgsmål, se f.eks. *U 2006.3191 Ø* og *U 2010.1658 H*.

Værdiansættelse ved udtræden

Der er intet til hinder for, at aftalen bestemmer, at interessenten alene skal modtage sin oparbejdede overskudsandel ved udtræden. Sådan vil det typisk være, hvis interessenten heller ikke har betalt noget for at indtræde i interessentskabet (se herom s. 51 og 55 om “*nøgen ind, nøgen ud*”-princippet). Men har interessenten foretaget kapitalindskud, vil den almindelige regel være, at han også skal have frigjort værdien heraf til nutidsværdien (dvs. korrigeret for oparbejdet overskud eller underskud og for værdiforskydninger mv.) ved sin udtræden.

Denne vurdering kan være vanskelig. Den kapitalkonto, der føres i interessentskabets bogholderi over de enkelte interessenters andel af egenkapitalen, reflekterer ikke nødvendigvis de reelle værdier af interessentskabets formue. *Skatteregnskabets*

vurderinger (dvs. til nedskrevne/afskrevne værdier) vil sjældent heller udtrykke aktivernes reelle værdi, eftersom formålet med den slags værdiansættelser normalt netop er skattemæssigt. Interessentskabsaftalen bør derfor foretage nogle principielle valg. Det må afklares, om man i en udtrædelsessituation skal lægge interessentskabets *indre værdier* til grund, eller om man skal benytte *salgsværdien* ved afståelse til en ny interessent. Dernæst bør værdien af *igangværende arbejder* ansættes.

*Konkurrence-
klausul*

Værdien af den udtrædende interessents kapitalkonto påvirkes også af, om interessentskabet vil møde konkurrence fra den udtrædende interessent. Har den udtrædende interessent ret til at medtage et antal kunder, vil denne ret repræsentere en værdi, som de tilbageværende interessenter bør kompenseres for. Derfor kan det give mening at lade værdien af den udtrædende interessents kapitalkonto påvirke af, at denne påtager sig en *konkurrenceklausul* over for interessentskabet, sml. hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.5.b. og nedenfor i afsnit 4.1.c. Når en udtrådt interessent herved undlader at konkurrere med det tidligere interessentskab, øger han dets indtjeningsmuligheder. Ligeledes kan værdiansættelsen påvirkes af *årsagen* til interessentens udtræden. Et ønske om at blive frigjort med kort varsel, fordi samarbejdet ikke fungerer, eller fordi den udtrædende ønsker at involvere sig i en anden virksomhed, kan begrunde, at den udtrædende “betaler” herfor i værdiansættelsen. Som hermed antydtes er variationsmulighederne righoldige.

Finansiering

Den udtrædende interessent vil som regel ønske at få sin kapitalkonto ud kontant, hvis den er positiv. Medmindre interessentskabsandelen kan overdrages til en ny, betalingsdygtig interessent, kan en sådan betaling belaste interessentskabets likviditet uforholdsmæssigt. Derfor kan aftalen foreskrive, at der betales i rater. Det kan også aftales, at kapitalkontoen slet ikke skal udredes efter pålydende, men at den udtrædende interessent i stedet skal oppebære en overskudsandel i et antal år efter sin udtræden (såkaldt *earn out*). Er interessentens kapitalkonto negativ, kan det omvendt være kostbart for den udtrædende interessent at komme ud af interessentskabet. Har den udtrædende interessent ikke mulighed for at finansiere det nødvendige beløb, må han blive i interessentskabet, indtil gælden er nedbragt, eller håbe på en mindelig løsning med sine medinteressenter.

Interessentskabsaftalen bør tage stilling til retsvirkningerne af en interessents *død*. Dødsfaldet medfører ikke i sig selv interessentskabsaftalens ophør, og dødsfaldstidspunktet vil sjældent være et hensigtsmæssigt skæringstidspunkt for den regnskabsmæssige opgørelse, der skal foretages herefter. Derfor vil der i praksis altid være en periode, hvor dødsboet indtræder i interessentens rettigheder og pligter i interessentskabet. Havde den afdøde interessent pligt til at arbejde for interessentskabet, vil det almindeligvis være klart, at dennes fravær fra arbejdet på et tidspunkt må få konsekvenser for retten til at få del i interessentskabets overskud. En nærliggende løsning kan her være, at interessentskabet ved interessentens uarbejdsdygtighed ansætter en vikar, hvis løn fratrækkes i interessentens overskudsandel. Havde den afdøde interessent forsørgerpligter over for nærtstående, kan hensynet til dem varetages gennem adgangen til at trække *acontooverskud* ud af interessentskabet. Man kan også forestille sig, at interessentskabet påtager sig selvstændige *forsørgerpligter* over for afdødes nærtstående, til gengæld for at der ved dødsfald gælder lavere principper for opgørelsen af afdødes kapitalkonto. Nu om dage er det dog mest almindeligt at *forsikre* sig mod de økonomiske konsekvenser af en interessents død eller invaliditet.

2.3.g. Særligt om sameje

Ved sameje forstås den retlige relation mellem parter, der i fællesskab ejer et formuegode. Det går ingen klar skillelinje mellem samejet og interessentskabet. Samejet vil dog typisk have et enkelt formuegode som genstand (f.eks. en fast ejendom), mens interessentskabet typisk tager sigte på en virksomhed med en mangfoldighed af formuegoder. Grænsen mellem samejet og interessentskabet kan navnlig volde vanskeligheder, når et aktiv har virksomhedskarakter (f.eks. en udlejningsejendom). Efter terminologien i LEV vil også dette dog også være en "virksomhed", jf. lovens § 1, stk. 3, nr. 2. Situationen er anderledes, hvis samejerne selv bebor ejendommen.

Et sameje kan opstå tilfældigt, f.eks. ved arv eller gave. Almindeligvis vil der dog være indgået en aftale mellem samejerne. Heri vil mange reguleringsområder svare til dem, der gælder for interessentskaber. Samejerne vil dog typisk træffe færre *drifts-*

mæssige beslutninger, hvorimod et interessentskab drives ved en mangfoldighed af beslutninger. Man kan også pege på, at samejeparter normalt *fremtræder* som sådanne over for omverdenen, hvorimod interessentskabet hyppigere optræder under sin interessentskabsbetegnelse uden fremhævelse af interessenterne, se herved i det hele *Noe Munck* i samme og Hedegaard Kristensen (red.): *Selskabsformerne*, 7. udg. (2014), s. 57 ff.

Baggrundsret

Den baggrundsret, der gælder for samejeforhold, svarer med enkelte modifikationer til den, der gælder for interessentskaber. Sådan må det næsten være, når grænserne mellem de to aftaletyper er så uskarp. Det gælder f.eks. reglerne om hæftelse over for tredjemand, hvor reglen for samejeforhold er den, at begge parter hæfter for krav opstået som konsekvens af ejerskabet. Modifikationerne drejer sig navnlig om adgangen til at disponere over en samejeandpart, der ifølge baggrundsretten er friere end adgangen til at disponere over en interessentskabsandel. Ligeledes antages samejere at have ret til en ideel bruttoandpart af det samejede, hvorimod interessenter antages at have ret til en nettoandpart af interessentskabet efter fradrag af dettes samlede gæld, se hertil *Früs Hansen & Krenchel* (2015), s. 198 ff.

Beslutningskompetence

De – relativt fåtallige – beslutninger, der skal træffes i konsekvens af et samejerskab, drejer sig hovedsagelig om vedligeholdelse, reparation, ændring og eventuelt salg eller bortskaffelse. Som udgangspunkt skal alle samejere være enige herom. Fravigelser i dette udgangspunkt kræver særlig hjemmel i aftalen, i forudsætningssynspunkter eller i særlige regler (f.eks. reglerne om *negotiorum gestio*).

Overskudsfordeling

Ligeledelse må også være udgangspunktet for fordeling af overskud og tab. Her kan forudsætningssynspunkter dog ofte begrunde passende modifikationer. F.eks. bør den samejer, der betaler en nødvendig og rimelig reparation eller i øvrigt udfører en sådan vedligeholdelseshandling, kunne kræve denne udgift fordelt på de øvrige samejere, hvis udgiften netop er nødvendig (og dermed værdibevarende) og rimelig. Se tilsvarende *Noe Munck* i *Selskabsformerne*, 7. udg. (2014), s. 64 f. Andre modifikationer kan gælde, hvis formuegodet kun benyttes i den ene parts interesse.

Ind- og udtræden

Et af de væsentligste spørgsmål i en samejeaftale er retten til at *overdrage* samejeandelen. Har medejerskabet væsentlig betyd-

ning for de øvrige samejere (f.eks. fordi der til ejendomsretten hører en brugsret), kræver overdragelse samtykke fra dem. Gør sådanne særlige forhold sig ikke gældende, og er samejeretten ikke forbundet med gensidige aftalepligter for samejerne, kan den enkelte samejer som udgangspunkt frit overdrage og belåne sin andel til tredjemand, se tilsvarende *Noe Munck* a.st. s. 63 og 67 f. Giver spørgsmålet anledning til problemer, vil løsningen normalt være, at den tilbageværende ejerkreds køber den andel, den udtrædende ejer efterlader sig.

En samejeandel er en del af samejerens formue. Som andre formueværdier kan samejedeltageren få brug for at gøre samejeandelen (den ideelle andel) til genstand for *belåning* eller anden finansiering, se hertil *Friis Hansen & Krenchel* (2015), s. 198 ff. Når en samejeandepart kan overdrages, må det også være baggrundsrettens almindelige regel, at samejeren kan disponere over andelen ved pantsætning: Kan man overdrage en andel, kan man også gøre det mindre at stille den til sikkerhed (hvor en overdragelse kun aktualiseres, hvis sikkerhedsstillelsen realiseres). Om noget tilsvarende gælder for interessentskaber, beror på hvilken adgang den enkelte interessent har til at overdrage sin interessentskabsandel til tredjeparter, jf. herom ovenfor s. 58 ff. En pantsætning vil i alle tilfælde skulle respektere de forpligtelser, der er forbundet med den pantsatte ejer- eller interessentskabsandel.

Aftalens regler om en medejers udtræden bør koordineres med dens regler om samejets opløsning. De tilbageværende samejere bør have forkøbsret, hvis én samejer ønsker at overdrage sin andel. Kan parterne ikke blive enige om, hvorledes der skal forholdes ved opløsning, kan de blive nødt til at foranstalte den bekostelige og besværlige skiftebehandling i medfør af ægtefælleskiftelovens § 1, stk. 1, nr. 4 (tidligere skiftelovens § 82). Den forudsætter, at der er tale om et “bo”, og ikke blot om et sameje vedrørende en enkelt genstand, jf. grænsetilfældet i *U 2003.1910 ØLK* (se også *U 2003.1920 ØLK*, hvor et sameje mellem fem personer om en andelslejlighed med tilbehør kunne opløses ved skifteretten). Et sameje kan dog også opløses ved frivillig auktion, jf. *U 2011.2266 HK*, ligesom tvister om ejendomsretten til enkelte aktiver kan påkendes af domstolene ved almindeligt søgsmål, se f.eks. *U 2006.3191 Ø* og *U 2010.1658 H*. En anden metode er

Pantsætning

Opløsning

at gå frem efter tvangsauktionsreglerne, jf. eksempelvis *U 1982.1129 H* og *U 1986.428 Ø*. En frivillig fremgangsmåde kan basere sig på de principper om *intern auktion*, der er omtalt s. 43 f. I særlige tilfælde har domstolene i øvrigt underkendt et mindretal, der ville modsætte sig salg af et formuegode, se f.eks. *U 1975.218 H*, hvor der ingen beslutning forelå om afstemning (samejet var opstået ved tvangsovertagelse af en ejendom).

2.4. Kapitalselskaber

2.4.a. Kendetegn

Generelt

Ifølge SL § 1, stk. 1, er et kapitalselskab et *aktieselskab* eller et *anpartsselskab*. Det centrale kendetegn er, at kapitalejerne (aktionærerne eller anpartshaverne) ikke hæfter personligt for kapitalselskabets forpligtelser. De hæfter alene med deres indskud. Ved stiftelsen indskyder kapitalejerne en indskudskapital, der i aktieselskaber betegnes som aktier og i anpartsselskaber som anparter, se nærmere hertil lovens §§ 30-38. *Aktieselskaber (A/S)* skal have en selskabskapital svarende til mindst 500.000 kr., og *anpartsselskaber (Aps)* skal have en selskabskapital svarende til mindst 50.000 kr. Opfylder et anpartsselskab betingelserne i § 357a, kan det stiftes som et såkaldt *iværksætterselskab*, der ikke har en registreret selskabskapital på mindst 50.000 kr. Et *iværksætterselskab (IVS)* skal have en kapital på mindst 1 kr., jf. § 357a, stk. 2, men skal årligt henlægge mindst 25 pct. af selskabets overskud til en bunden reserve til opbygning af selskabets kapitalgrundlag, indtil denne reserve sammen med selskabskapitalen samlet udgør mindst 50.000 kr.

Retten til kapitalselskabets overskud beror på de enkelte ejeres *ejerandel*, medmindre andet er fastsat i vedtægterne, se SL § 1, stk. 2, 2. pkt. SL opstiller en række materielle (herunder om minimumskapital) og formelle krav til stiftelsen af kapitalselskaber. Derudover gælder det almindelige selskabsretlige udgangspunkt om *aftalefrihed*. Som udgangspunkt kan stifterne altså frit aftale sig til rette om kapitalselskabets forhold. Disse aftaler kan enten finde udtryk i det *stiftelsesdokument*, hvorved stifterne etablerer selskabet (se SL §§ 25-27), eller i de *vedtægter*, der i den forbindelse bliver vedtaget, eller som senere besluttes af selskabets generalforsamling (SL §§ 28-29).

Skattemæssigt betragtes kapitalselskabet som et selvstændigt skattesubjekt. Dets overskud beskattes derfor *i* selskabet, inden det udloddes til kapitalejerne. Et kapitalselskab behøver ikke være registreret som sådant i Erhvervsstyrelsens it-system, jf. SL § 40, men uden registrering kan det ikke erhverve rettigheder eller påtage sig forpligtelser. Det kan heller ikke være part i retssager, bortset fra søgsmål til indkrævning af tegnet selskabskapital og andre søgsmål vedrørende tegningen, jf. SL § 41, stk. 1-2. Et selskab, der ikke er registreret, skal til sit navn føje ordene “under stiftelse”, jf. SL § 41, stk. 1, 2. pkt.

*Skattemæssig
stilling*

Et kapitalselskab oprettes af en eller flere stiftere, der forpligter sig over for hinanden ved et stiftelsesdokument. Ifølge SL § 24, stk. 2, må stifterne ikke være under rekonstruktionsbehandling eller konkurs. Er stifteren en fysisk person, skal denne være myndig og ikke under værgemål, jf. stk. 3. Stiftelsesdokumentet skal indeholde kapitalselskabets vedtægter, jf. § 25, samt en række oplysninger, som nærmere anført i SL § 26. Er der i forbindelse med stiftelsen truffet beslutning om visse særlige forhold (herunder om særlige rettigheder for stiftere eller andre eller om indbetaling af selskabskapital ved apportindskud) skal stiftelsesdokumentet indeholde oplysninger om disse forhold, jf. nærmere § 26.

Konstitution

2.4.b. Retsgrundlaget

SL indeholder en detaljeret regulering af aftalefriheden vedrørende kapitalselskaber. Parternes vedtagelser kan enten finde udtryk i stiftelsesdokumentet, i selskabets vedtægter, eller i en ejeraftale (tidligere kaldet aktionær- eller anpartshaveroverenskomst), jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 2.5. Ved ejeraftaler forstås ifølge SL § 5, nr. 6, aftaler, der regulerer ejer- og ledelsesforhold i selskabet, og som er indgået mellem kapitalejere.

SL § 28 fastslår udtrykkeligt, hvilke temaer der skal optages i selskabets *vedtægter* (de obligatoriske vedtægtskrav). Det drejer sig om navn, formål, selskabskapitalens størrelse og antallet af kapitalandele mv., kapitalandelens rettigheder, selskabets ledelsesorganer, indkaldelse til generalforsamling og regnskabsår. Er der truffet beslutning om forhold, som ifølge SL *skal* optages i vedtægterne, skal disse forhold selvsagt også fremgå, jf. udtrykkeligt SL § 29. Det samme gælder beslutninger om selskabets seneste ophørstidspunkt, hvis det er stiftet for en tidsbegrænset periode.

*Lovbestemte
vedtægtskrav*

Uden for disse særlige regler har parterne frihed til at bestemme, om de ønsker en vedtagelse *nedfældet* og i bekræftende fald, om vedtagelsen skal manifesteres i *vedtægterne* eller i en *ejeraftale*. Stiftelsesdokumentets rolle er jo udspillet, når selskabet er stiftet og registreret.

Fordelen ved at anvende *vedtægterne* ligger i, at nye kapitalejere dermed ikke behøver underskrive indgåede aftaler. Køberen af en kapitalandel må nødvendigvis anerkende de regler for selskabet, der er skrevet ind i *vedtægterne*. Disse regler kan håndhæves gennem den selskabsretlige lovgivning, som Erhvervsstyrelsen er ressortmyndighed for. *Werlauff & Nørgaard* (1995) taler om, at *vedtægterne* er “universelt bindende”. Man taler også om “selskabsretlig eksegitabilitet”. Derimod binder *ejeraftaler* (i overensstemmelse med aftalerettens udgangspunkt) kun deres parter, jf. nu udtrykkeligt SL § 82. Se ligeledes *Schans Christensen* (2014), s. 225 ff., om *vedtægternes* retlige kategorisering.

Ændrings-
håndtering

Ulempen ved at bruge *vedtægterne* som ramme for ejerkredsens vedtagelser består for det første i, at ændringer heri er besværlige og dermed forbundet med transaktionsomkostninger. De skal besluttes på en generalforsamling, der uanset formen (fysisk, elektronisk eller “papirbaseret”) er forbundet med et vist bureaukrati: Der skal udpeges en dirigent, nedfældes et generalforsamlingsprotokollat, gennemføres en række tekniske ændringer og konsekvensændringer i *vedtægtsgrundlaget* og ske anmeldelse til registrering i Erhvervsstyrelsens it-system. Dernæst skal man afvente registreringsproceduren. Viser der sig tekniske problemer med at gennemføre *vedtægtsændringen*, starter hele processen én gang til.

Ifølge SL § 106 kan *vedtægterne* for et kapitalsekskab ændres med tiltrædelse af mindst to tredjedele såvel af de afgivne stemmer som af den del af selskabskapitalen, som er repræsenteret på generalforsamlingen. Indebærer *vedtægtsændringen* en forøgelse af kapitalejernes forpligtelser over for selskabet, foreskriver SL § 107, stk. 1, énstemmighed blandt samtlige selskabsdeltagere. Visse typer af *vedtægtsændringer* (til opfølgning af vedtagelser om fusion- og kapitalforhøjelser) behøver dog ikke generalforsamlingsbeslutning, jf. SL § 106, stk. 2. Beslutning om *vedtægtsændring*, hvorved kapitalejernes forpligtelser over for kapitalsekskabet forøges, er kun gyldig, hvis samtlige kapitalejere er enige herom, jf. § 107, stk. 1.

Ligeledes gælder et kvalificeret 90 % krav, hvis beslutningen angår et af de spørgsmål, der er omhandlet i § 107, stk. 2.

Et andet argument mod vedtægtsformen ligger i, at parterne dermed eksponerer deres aftaler for omverdenen. Dette argument gælder, uanset om aftalegrundlaget kan afsløre erhvervshemmeligheder eller blot oplysninger, der ikke vedkommer tredjemand. Selv tilsyneladende harmløse oplysninger (f.eks. om datoer) kan blive til vital mosaikinformation (se hertil s. 396), der sammen med andre informationsbidder tegner et nærgående billede af et forhold, der ellers ønskes holdt fortroligt.

Eksponeringsrisikoen

Et tredje formål med en ejeraftale, som ikke kan opnås med vedtægtsregulering, er at sætte det almindelige flertalsdemokrati ud af kraft. Som anført s. 71 f. reguleres dette tema hyppigt i ejeraftaler: Hvis kapitalejerne i et selskab hver ejer 20 % af stemmeretten, kan tre af dem aftale altid at stemme i enighed (efter intern afstemning). Overholdes en sådan aftale, kan to af disse tre kapitalejere, selv om de isoleret set kun repræsenterer 40 % af den samlede selskabskapital, reelt råde over 60 % af stemmerne, fordi den tredje kapitalejer har forpligtet sig til at stemme som flertallet af aftaleparterne. Fordi ejeraftalen kun binder dens parter, jf. SL § 82, hvorimod vedtægterne gælder universelt, er der ikke sikkerhed for, at sådanne aftaler rent faktisk gennemføres. Misligholdes aftalen, kan parterne dog rejse krav *inter partes*.

Stemmeaftaler

2.4.c. Særlige reguleringsområder

Det gælder for de ifølge SL *obligatoriske* såvel som for de *betinget obligatoriske* vedtægtsbestemmelser, at parterne har en omfattende aftalefrihed i vedtægtsreguleringen af et kapitalselskab. Muligheden for at ændre, tilpasse eller præcisere baggrundsretten bør udnyttes til at tilrettelægge en retlig ramme, der passer kapitalejerne, f.eks. vedrørende udbyttebetaling, beslutningsprocedure og minoritetsbeføjelser, kompetenceregler, konfliktløsning, opløsning samt eventuelle begrænsninger for omsætteligheden af kapitalandelene. Sådanne tilpasninger sker forholdsvis sjældent. Talrige selskabsvedtægter og ejeraftaler udfærdiges på grundlag af den medvirkende advokats paradigmasamling.

Aftalefriheden

Det vil føre for vidt her at gennemgå alle de spørgsmål, der kan reguleres i vedtægtsgrundlaget. En omfattende gennemgang

herom – med detaljeret omtale af hvert enkelt reguleringstema efter indførelsen af SL – findes hos *Schaumburg-Müller & Werlauff: Vedtægter og ejeraftaler* (2010).

I det følgende afsnit fokuseres imidlertid særligt på de typiske reguleringsområder i en ejeraftale.

2.5. Ejeraftaler

2.5.a. Kendetegn

Begreb

En ejeraftale er ifølge SL § 5, nr. 6, en aftale, der regulerer ejer- og ledelsesforhold i selskabet, og som er indgået mellem kapitalejere. Før indførelsen af SL omtaltes sådanne aftaler som henholdsvis anpartshaver- eller aktionæraftaler eller som anparts- haver- eller aktionæroverenskomster. Realiteten er den samme. Temaet er altid “ejer- og ledelsesforhold”. Herunder falder ethvert forhold, der angår udøvelsen af ejernes (og evt. deres successorers) forvaltningsmæssige, dispositionsmæssige eller økonomiske beføjelser i selskabet. Fordi ejeraftalen netop har denne rækkevidde, vil den typisk være *uopsigelig* i kapitalejerens ejertid. Dernæst kan aftalen (som antydnet) tage sigte på efterfølgende erhververe af kapitalandele, selv om mulighederne for at eksekvere sådanne klausuler kan være begrænsede af SL § 82, jf. herom senere.

Indhold

En ejeraftale kan angå ethvert af de forhold, som knytter sig til *besiddelsen af en kapitalandel*, herunder stemmeafgivning, dispositioner over kapitalandele og udøvelse af særlige rettigheder i henhold til reglerne i SL. Denne lovgivning bliver for så vidt et naturligt udgangspunkt for aftalens koncipering og forhandling. Herudover kan ejeraftaler regulere kapitalejernes *interne retsforhold*, f.eks. indbyrdes hæftelse og frigørelse for sikkerheder stillet i selskabets interesse.

Litteraturen

Af nyere dansk litteratur om ejeraftalens retsproblemer kan henvises til *Martin Christian Kruhl: Ejeraftaler* (2011), *Schaumburg-Müller & Werlauff: Vedtægter og ejeraftaler* (2010) og *Lego Andersen: Aktionæroverenskomster* (2000). I Sverige foreligger *Christina Ramberg* under medvirken af Richard Ramberg: *Aktieägaravtal i praktiken* (2011). I Norge foreligger *Halfdan Lowzow, Bjørn Gabriel Reed & Geir Steinberg: Aksjonæravtaler* (1993) og *Jannik Wøxholth: Aksjonæravtaler*, 2. udgave (2014).

Ejeraftaler indgås hyppigst *bilateralt*. Der er dog intet til hinder for, at kapitalejerne etablerer en *forening*, igennem hvilken de udøver deres stemmeret. I særlige tilfælde kan de vælge at udøve deres ejerbeføjelser gennem et *holdingselskab*. På grund af de særlige pligter, holdingselskaber er underlagt (bl.a. i henseende til regnskab og medarbejderrepræsentation i bestyrelsen), er denne løsning dog ikke altid hensigtsmæssig. I det følgende fokuseres opmærksomheden på stemmeaftaler og aftaler om overgang af kapitalandele.

2.5.b. Retsgrundlag

Reglerne i SL indeholder både en direkte og indirekte regulering af ejeraftalens vilkår. Den *direkte* regulering fremgår af SL § 82, der foreskriver, at ejeraftaler ikke er bindende for kapitalselskabet. Bestemmelsen præciserer udtrykkeligt, at beslutninger, der træffes af *generalforsamlingen*, derfor ikke skal dikteres af ejeraftalen. Så meget mere må det gælde, at heller ikke selskabets *ledelsesorganer* (bestyrelse, tilsynsråd eller direktion) er bundet af bestemmelser af ledelsesmæssig art, som ejerne måtte have truffet i en ejeraftale. Dette gælder, uanset om ledelsesmedlemmerne måtte være bekendt med disse pligter. Se nærmere om bestemmelsen *Schans Christensen* (2014), s. 240 ff., *Werlauff* i U 2010B, s. 130 ff., og om tidligere ret *Werlauff* i U 2008B, s. 207 ff., *Lego Andersen* i U 2009B, s. 425 ff. og *Werlauff* i U 2009B, s. 119 f. Ønsker ejeraftalens parter at binde bestyrelsen eller generalforsamlingen, må dette ske i vedtægterne, jf. ligeledes betænkning 1498/2008, s. 840.

Den indirekte regulering mærkes, når reglerne i SL påvirker muligheden for at realisere de pligter, der følger af en ejeraftale. I det omfang en ejeraftale tildeler nogen kapitalejer en fuldmagt til at stemme på andres vegne, må 12-månedersfristen og skriftlighedskravet i SL § 80, stk. 2 og 4, f.eks. overholdes. Aftalen må således *pålægge* kapitalejere at udstede fuldmagt i det tilsigtede omfang, da den næppe i sig selv kan anvendes *som* fuldmagt.

SL § 82 forhindrer ikke kapitalselskabet i som ejer af *egne* kapitalandele at indgå ejeraftaler med gyldighed for disse kapitalandele. Adgangen hertil er forudsat i lovbemærkningerne til § 82. De pligter for selskabet, der måtte følge heraf, gælder dog kun i relation til selskabets ejerskab og ophører dermed, hvis selskabet

SL § 82

Formueretlig
eksegibilitet

afstår sine ejerandele, se hertil *Kruhl* (2011), s. 96. SL § 82 udelukker heller ikke, at ejeraftaler håndhæves efter formueretlige regler. Hvis en part har misligholdt sine pligter ifølge en ejeraftale, kan de øvrige parter fremsætte misligholdelseskrav i overensstemmelse med aftalens regler, f.eks. om erstatning eller (hvis aftalt) betaling af konventionalbod. Omvendt kan der også fremsættes indsigelse mod gyldigheden af en ejeraftale, hvis der er grundlag herfor i aftaleretlige regler om ugyldighed, se hertil *Kruhl* (2011), s. 124 ff. Ejeraftaler er ikke underlagt formkrav (f.eks. i form af registrering i Erhvervsstyrelsen).

2.5.c. Almene reguleringsområder

Parter

Ejerftaler indgås typisk mellem *kapitalejere*, men kan også involvere *trejeparter*, f.eks. som led i en finansiering af selskabet. Herigennem kan en kreditgiver f.eks. sikre, at kapitalejerne ikke vedtager en *udbyttepolitik*, der underminerer mulighederne for at betale et lån tilbage. *Selskabet* kan også være part i ejeraftalen i kraft af dets egen aktiebesiddelse, men kapitalejerne kan ikke forfølge egne ejerinteresser ved at gøre selskabet til aftalepart. En sådan binding vil stride mod SL § 82. Selskabet er underlagt sine vedtægter og de almindelige selskabsretlige regler. I vedtægter om udbyttets størrelse tillægger SL § 180 f.eks. bestyrelsen en vetoet, som en ejeraftale ikke kan modificere. Det samme gælder, hvis enkelte medlemmer af selskabsorganer tiltræder en ejeraftale. Også her går pligten til at efterleve lovkravene dog forud for aftalepligterne.

Præambel

En ejeraftale vil ofte knytte an til retsforhold, der ligger uden for selskabet, f.eks. pligter påtaget ved den oprindelige stiftelse, ved overdragelse af kapitalandele, ved etablering af *joint ventures* eller strategiske alliancer eller ved etablering af særlige finansieringstransaktioner. For at markere samspillet mellem de forskellige aftalereguleringer af en sådan samlet transaktion kan det være hensigtsmæssigt at præcisere ejeraftalens *formål* i en særskilt bestemmelse eller i en præambel.

Hvilken kapitalandel?

Ejerftalen bør præcisere, hvilke *kapitalandele* den gælder for. Ønsker parterne alene at kontrollere stemmeretten for en bestemt kapitalandel, bør aftalen tage højde for situationen ved kapitaludvidelser. En pligt til at stemme på en bestemt måde bør udstrækkes, så den ikke alene påhviler kapitalejeren men også de

selskaber, kapitalejeren måtte kontrollere. Afhænder kapitalejeren sin kapitalandel (uden at dette er i strid med ejeraftalen), vil formålet med en stemmeaftale falde bort, hvilket aftalen som udgangspunkt også vil.

De retlige begrænsninger i muligheden for at gennemtvinge ejeraftaler ad selskabsretlig vej gør det væsentligt at tage stilling til virkningerne af *misligholdelse*. En pligt til at overdrage (eller *ikke* at overdrage) kapitalandele kan gennemtvinges ved krav om *naturalopfyldelse*. Overvejer en part, i strid med sine pligter i en ejeraftale, at overdrage sine ejerandele, kan den krænkede part efter omstændighederne tage foreløbige retsmidler i anvendelse, f.eks. et *midlertidigt forbud* nedlagt i medfør af retsplejelovens kapitel 40. I praksis vil økonomiske retsmidler som *erstatningspligt* og *konventionalbod* være mere praktiske. Alternative reguleringsformer (f.eks. afgivelse af uigenkaldelig *stemmefuldmagt*, der deponeres hos en troværdig tredjepart) kan ikke benyttes, idet SL § 80, stk. 2, foreskriver, at en fuldmagt skal kunne tilbagekaldes til enhver tid.

Misligholdelse

De temaer, der reguleres ved ejeraftale, vil ofte angå strategiske og økonomiske forhold, som det vil skade selskabet at få offentliggjort. Derfor – men ofte også for at sikre sig en sagkyndig beslutning – aftaler man typisk *voldgift*, jf. nærmere *Praktisk aftaleret*, afsnit 9.4. Ligeledes kan det være på sin plads at indføre regler om *genforhandling*, når en part må konstatere, at hans forudsætninger for at indgå aftalen er bristet. Nærmere herom i *Praktisk aftaleret*, afsnit 7.5.c.

Konfliktløsning

2.5.d. Forvaltningsbeføjelser

Ved at drive virksomhed via et kapitalselskab underkaster ejerne sig SL's regler om ejerindflydelse. Den uforudsigelighed i beslutningsprocessen, der altid vil bestå i et selskab med en spredt ejerkreds, vil ofte kolliderer med de oprindelige parterens ønske om at etablere et forpligtende partnerskab med bevarelsen af kontrollen over selskabet. Ejerftalen kan her være et middel til at bringe *interessentskabets* reguleringstemaer ind i kapitalselskabet. Det kan f.eks. ske ved regler om ejerens adgang til at udøve kompetence gennem besiddelsen af kapitalandele, de såkaldte *forvaltningsbeføjelser*.

Problemstillingen

En stemmeaftale begrænser en kapitalejers kompetence til frit

Stemmeaftaler

at stemme på generalforsamlingen. Begrænsningen kan f.eks. gå ud på, at A og B skal stemme på en bestemt måde i visse anliggender, til trods for at de hver for sig i alliance med andre kapitalejere ville kunne majorisere den anden efter selskabsretlige regler. Hvis f.eks. A og B hver for sig besidder en minoritet af kapitalandele, men sammen udgør en majoritet, kan de ved altid at stemme i samme retning sikre, at bestyrelsen sammensættes på en bestemt måde, jf. eksemplet s. 67.

*Stemmeret og
bestyrelsesposter*

Typisk vil ejernes stemmemagt reflekteres ved sammensætningen af de generalforsamlingsvalgte medlemmer af det centrale og øverste ledelsesorgan (som nærmere defineret i SL § 5, nr. 4-5). Ejer man 25 % af stemmeretten, fører denne logik til, at man bør få én ud af fire pladser etc. Der er imidlertid ingen enkle løsninger på fordelingen af disse poster i tilfælde, hvor kapitalejerne har lige stor stemmeret eller lige store ejerandele. I et ledelsesorgan med paritet vil formandens stemme være afgørende, og kapitalejerne bør derfor afklare, hvem der skal indtage formandsposten. Det kan f.eks. ske ved en rotationsordning. Fører den til fastlåste beslutningsprocesser, kan parterne aftale at udpege en uafhængig formand for det centrale eller øverste ledelsesorgan – enten i enighed eller efter udpegning fra en uvildig, troværdig tredjepart. Også andre løsninger kan forekomme. Det er f.eks. ikke ualmindeligt at give kreditgivere indflydelse på ledelsesorganernes sammensætning og dermed også på formandsposten.

Udbyttepolitik

Et andet væsentligt tema angår udøvelsen af kapitalejernes økonomiske rettigheder. Et hyppigt diskussionspunkt handler om, hvilken udbyttepolitik selskabet skal føre. Hvor nogle kapitalejere vil tænke langsigtet og ønske tilbageholdenhed med henblik på konsolidering og ekspansion, foretrækker andre at trække det overskud, der realiseres år for år, ud til forbrug. En sådan uenighed kan være så grundlæggende, at parterne må skilles, hvis ikke der kan findes kompromisser.

2.5.e. Dispositionsbeføjelser

Ejeraftalen bør også afklare, hvordan parterne kan disponere over deres kapitalandele ved salg eller pantsætning (dispositions-beføjelserne). Bæres ejeraftalen af et ønske om, at de hidtidige kapitalejere vedblivende skal eje selskabet i fællesskab, er det logisk også at begrænse retten til videresalg af kapitalandele.

Sådanne klausuler forekommer da også i selskaber med en lukket ejerkræds, hvor situationen i mange henseender svarer til ind- og udtræden af interessentskabsparter, dvs. med krav om tiltrædelse fra de øvrige.

Et sådant resultat opnås gennem et forbud mod videresalg, der ikke har hjemmel i aftalen. Vilkår herom kan da hjemle forkøbsret for en *livsarving* eller *medejer*. Er der flere medejere, bør et vilkår om forkøbsret angive, hvem der kan gøre forkøbsretten gældende, og i hvilken rækkefølge. Ligeledes må vederlaget fastsættes, ligesom der må være regler for, hvordan det skal erlægges. Se nærmere herom *Praktisk aftaleret*, s. 260 f.

*Omsætteligheds-
begrænsninger*

I selskaber med en lukket ejerkræds bør der altid være aftalt *forkøbsret*. En sådan forkøbsret skal fremgå af vedtægterne, jf. SL § 67. Som anført i dennes stk. 1 skal vedtægterne da indeholde nærmere regler om forkøbsretten, herunder om fristen for dens udøvelse. Fører vedtægtsbestemmelserne til en “åbenbart urimelig pris eller åbenbart urimelige vilkår i øvrigt”, kan bestemmelserne helt eller delvis tilsidesættes ved dom. Hvis vedtægterne ikke indeholder bestemmelser om beregningsgrundlaget for prisen ved udnyttelse af en forkøbsret, skal prisen, hvis der ikke opnås enighed om denne, fastsættes til kapitalandelenes værdi af en skønsmand udmeldt af retten på kapitalselskabets hjemsted. Skønsmandens afgørelse kan indbringes for retten, jf. nærmere stk. 3.

Parallelt med ejeraftalens regler om overgang af kapitalandele er det nærliggende også at tage stilling til, om en part skal have adgang til at pantsætte en kapitalandel. SL §§ 65-66 opstiller regler om sikringsakt ved overdragelse af kapitalandele til eje eller pant. I relation til indsigelser fra tidligere omsætningsled gælder reglerne i GBL § 14, stk. 1 og 2, jf. SL § 66, stk. 1. Det gælder dog ikke, hvis der med hjemmel i kapitalselskabets vedtægter er taget utvetydigt og klart forbehold i ejerbeviset, f.eks. lydende på, at det ikke er et omsætningspapir.

Pantsætning

Formålet med en pantsætning er at skabe en adgang for pant-havers fyldestgørelse ved tvangssalg af kapitalandelen. Aktualiseres denne mulighed, udsættes de øvrige kapitalejere for at få fremmede ejere ind i kredsen. Hvis ejeraftalen tillader *pantsætning*, kan det være hensigtsmæssigt at aftale, at den pantsættende kapitalejer ikke må give panthaver stemmeret over kapitalandele

under panteforholdets beståen. Som anført i *Praktisk aftaleret*, s. 334, er den deklaratoriske regel ved håndpant af aktier (hvilket tilsvarende gælder for anden pantsætning), at stemmeretten forbliver hos aktionæren.

Eksstinktion

En ejeraftale, der begrænser retten til at omsætte en kapitalandel, og som ikke fremgår af ejerbeviset, har som udgangspunkt ikke virkning over for tredjemand, som erhverver kapitalandelen i god tro. For at undgå en sådan eksstinktion kan det være hensigtsmæssigt at aftale, at der skal ske påtegning på ejerbeviserne om den aftalte begrænsning i omsætteligheden. Sådanne aftaler og påtegninger har dog ingen virkning over for kapitalejerens kreditorer, der som udgangspunkt ikke skal respektere en ejeraftale men kun selskabets vedtægter. Aftalen har heller ikke virkning over for selskabet, jf. SL § 82.

Død

For at modvirke, at kapitalandele overdrages til udefrakommende personer, bør aftalen tage stilling til, hvorledes parterne skal forholde sig ved *død*, f.eks. således at den eller de overlevende kapitalejere skal have ret til at købe kapitalandelene ud af dødsboet efter regler, der på forhånd er aftalt.

2.5.f. Vederlæggelse i kapitalandele

Formål og funktion

I mange brancher er det almindeligt at yde vedlag til medarbejdere, bestyrelsesrepræsentanter (og undertiden også andre, der bistår selskabet, herunder som rådgivere) med *kapitalandele*, med løfter om *senere overdragelse* af kapitalandele eller med *beløb*, hvis senere udbetaling beror på værdien af en kapitalandel. De kapitalandele, der anvendes som grundlag for en sådan vederlæggelse, er ofte noteret på et reguleret marked, der herhjemme er reguleret ved reglerne i værdipapirhandelsloven og tilhørende retsforskrifter. Dermed kan virksomheden knytte særlige loyalitetsbånd til disse udvalgte grupper og forhåbentlig fastholde dem i udsigten til – hvis alt går godt – at få del i virksomhedens økonomiske succes. En sådan aflønningsform benyttes ofte af *startup*-virksomheder, som endnu ikke har likviditet til f.eks. at lønne højt kvalificeret arbejdskraft eller betale kostbare rådgivningsydelse. Men også veletablerede virksomheder kan have interesse i at fastholde medarbejdere og sikre deres loyalitet gennem sådanne aflønningsformer. Ofte vil virksomheden eller den koncern, hvori den indgår, vedtage et såkaldt *aktieaflønningsprogram*, der

nøje præcisere, hvilke medarbejdere og leverandører, der tilgodeses på denne måde (herunder i henseende til *status* og *ancienitet*), og hvordan. En god oversigt over de variationsmuligheder, der kan indgå i et sådant program, findes hos *Lavesen & Zeimer* (1999) og i kapitel 3 i den betænkning fra udvalget om aktieoptioner (afgivet i 2004), der ligger til grund for aktieoptionsloven (se herom straks nedenfor).

For medarbejdere anvendes vederlæggelse i kapitalandele ofte som løntilskud, heraf den ofte anvendte betegnelse “aktieløn”. Sådanne ordninger tilrettelægges typisk i overensstemmelse med de betingelser, der ifølge reglerne i ligningsloven kræves for at opnå skattefrihed for værdien af selve retten til at udøve sådanne rettigheder. I praksis er det i relation til *medarbejdere*, at disse aflønningsordninger har givet anledning til størst udfordringer. Dette er baggrunden for, at man ved lov om køberet eller tegningsret til aktier mv. i ansættelsesforhold, nr. 309 af 5. maj 2004 (“aktieoptionsloven”) har indført en særlig lovgivning herom, jf. herom i afsnit 4.1.d. Ved siden af denne særlige lovregulering gælder de almindelige aftaleretlige regler, herunder generalklausulen i AFTL § 36, jf. som eksempel på denne bestemmelses anvendelse *U 2011.2654 H*, der tilsidesatte en medarbejders pligt til at tilbagesælge aktier, der var erhvervet i moderselskabet.

Aktieløn

Uanset hvem der begunstiges, kan vederlæggelse i kapitalandele mv. forvandle den underliggende transaktion (f.eks. et ansættelsesforhold) til en lodseddel, der med et slag kan tilføre de berettigede medarbejdere og samarbejdsparter mv. overvældende værdier. Heri ligger den store attraktion. Ordninger med aktieaf-lønning har omvendt været genstand for kritik på grund af deres indbyggede risiko for, at den begunstigede ledelse søger at presse aktiekursen i vejret ved at påføre virksomheden uforsvarlige risici. Dette er baggrunden for, at FIL § 77a, stk. 2, fastslår, at de aktieoptioner eller lignende instrumenter, der tilkommer bestyrelsen, direktionen og andre risikotagere (“ansatte, hvis aktiviteter har væsentlig indflydelse på virksomhedens risikoprofil”) i finansielle virksomheder og finansielle holdingvirksomheder, kun må ud-måles inden for bestemte grænser.

En aftale om vederlæggelse i kapitalandele kan antage forskellige former. Den nærmere strukturering og konciperung må til

enhver tid afpasses efter *karakteren* af den relation, der begrundes aktietildelingen, eller løftet. Ligeledes spiller det en rolle, hvilken *sammenhæng* ordningen indgår i. Der er f.eks. stor forskel mellem de ordninger, der indgår i en lokal, dansk *startup*-virksomhed, i en børsnoteret virksomhed med sin egen kultur og i et dansk datterselskab af en udenlandsk koncern.

Se generelt herom *Morten Langer & Nicole Offendal*: Incentives og bonusordninger, 2. udg. (2015), s. 13 ff. og *Ove Lykke Hindhede* m.fl. (red.): Aktieafkløning – erfaringer, jura, regnskab, værdi og skat, 2. udg. (2005) og, bl.a. med fokus på den skatteretlige behandling, *Erik Banner-Voigt & Søren Rasmussen*: Aktieløn, 4. udg. (2009). Se også *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), s. 410 ff.

Tildeling af kapitalandele

Den enkleste og reneste form for vederlæggelse med kapitalandele består i, at den berettigede ganske enkelt *tildeles* en kapitalandel (f.eks. en aktiepost) i selskabet – typisk til favørkurs. Ved opfyldelsen af et sådant løfte leveres de tildelte kapitalandele typisk fra selskabets beholdning af egne aktier. Men tilsagnet kan også blive afgivet af selskabets ejere, således at kapitalandelene først leveres af ejer kredsen ved næste kapitaludvidelse.

At tildele kapitalandele er først og fremmest enkelt, fordi der ikke skal foretages værdiberegninger mv. Det væsentligste forhandlings tema er, *hvornår* retten udløses, *størrelsen* af kapitalandelen, samt dennes *egenskaber* (herunder i henseende til stemmeret). Et løfte om tildeling påfører kun selskabet en beskeden risiko. Der betales “kun” kapitalandele, og disses værdi beror i alle tilfælde på markedet.

Optioner

De fleste vederlagsordninger med tildeling af kapitalandele er opbygget omkring optionsordninger, jf. generelt om optionsbegrebet, *Praktisk aftaleret*, afsnit 1.3.d. Optionsterminologien anvendes, uanset om optionen indgår som vederlag i et gensidigt bebyrdende retsforhold, eller om den fremstår som en fritstående finansiel aftale. Den type option, der anvendes som led i aktievederlæggelse, betegnes som en *call option*, fordi den giver den berettigede en ret til at *købe* et formuegode fra den forpligtede. Modstykket til en *call option* er en *put option*, der giver indehaveren af formuegodet ret til at sælge det til et bestemt beløb. Denne sidstnævnte optionstype har dog sjældent betydning i aftaler om

aktievederlæggelse, hvor aktien forventes afsat på et reguleret marked.

I relation til vedlæggelse i kapitalandele sondres grundlæggende mellem tegningsoptioner og aktieoptioner.

En tegningsoption (også kaldet *tegningsret* eller *warrant*) giver ret – men ikke pligt – til at *tegne* nye kapitalandele i et selskab på et nærmere angivet *tidspunkt* eller i en angiven *periode* til en på forhånd fastsat *kurs*. Se nærmere hertil *Morten Langer & Nicole Offendal: Incentives og bonusordninger*, 2. udg. (2015), s. 218 ff. Den periode, som den berettigede kan erhverve kapitalandelene i, kaldes *udnyttelsesperioden* (også kaldet tegningsperioden). Den aftalte købskurs kaldes *udnyttelseskursen* (også kaldet *exercise-kursen* eller *strike-kursen*). Optionen giver dermed et ubegrænset gevinstpotentiale uden risiko for et tilsvarende tab. *Falder* kapitalandelens værdi i forhold til *udnyttelseskursen* (hvilket undertiden betegnes således, at tegningsoptionen kommer “under vand” eller “*out of the money*”), taber den berettigede kun det vederlag (modydelsen, “optionspræmien”), han har erlagt for optionen. *Stiger* kursen derimod, vil han – alt efter optionens nærmere vilkår – kunne realisere denne kursstigning ved at sælge kapitalandelene.

Tegningsoptioner

Udnyttes en tegningsoption, er selskabet forpligtet til at udvide selskabskapitalen, da optionen jo netop handler om at tegne *nye* kapitalandele og ikke at overdrage eksisterende. For at sikre en opfyldelse af denne pligt må aftalen involvere repræsentanter for selskabets *ejerkreds*, enten som direkte *parter* eller som *garanter* for dens opfyldelse. Det er jo ejerkredsen (eller nærmere bestemt, det flertal, der kan gennemføre den nødvendige vedtægtsændring), der har kompetence til at gennemføre den nødvendige kapitaludvidelse. I praksis vil selskaber, der vedtager sådanne former for incitamentsløn, på forhånd sikre sig generalforsamlingens indforståelse med optionsprogrammet. Når det sker, kan generalforsamlingen benytte den adgang, SL § 155 giver til med hjemmel i vedtægterne at delegere beslutningen om at forhøje selskabskapitalen til det centrale ledelsesorgan. Kan den aftalte forhøjelse af selskabskapitalen *ikke* gennemføres, og har også selskabet påtaget sig eller været kendt med optionsforpligtelsen, vil selskabet dog hæfte aftaleretligt for de økonomiske konsekvenser af en ikke-opfyldelse, jf. *U 2011.2654 H*.

Købsoptioner

I engelsk terminologi betegnes en købsoption som nævnt som en *call option*. Angår optionen en aktie, betegnes den som en *stock option*. Optionen tildeler en ret – men igen, ingen pligt – til at *købe* et nærmere angivet antal kapitalandele i udnyttelsesperioden, og til en fastsat *udnyttelseskurs*. Da sådanne optioner er mest relevante for selskaber, der er noteret på et reguleret marked, hvor kapitalandelene i praksis altid vil være *aktier*, er den indarbejdede terminologi *aktieoption*.

Fordi der altså ikke er tale om en ret til at *tegne* kapitalandele i det forpligtede selskab, kan løfte om en aktieoption afgives af enhver, der har muligheden for at tilvejebringe det lovede ejerskab. Afgiveren vil dog typisk være selskabet, der vil levere aktierne fra sin beholdning af egne kapitalandele, jf. reglerne herom i SL kap. 12. Men i princippet kan en tredjemand også afgive løfte om en købsoption, som i givet fald må opfyldes fra dennes egen beholdning eller gennem køb i markedet.

Fantomaktier

En særlig variant af optionsordningerne foreskriver, at den berettigede uden at få tildelt ejerskab til kapitalandele, tildeles et beløb, der svarer til den værdistigning, han havde realiseret, hvis han havde været kapitalejer. En sådan differenceafregning udmåles da til *dagsværdien* af de underliggende kapitalandele fraregnet deres værdi på *aftaletidspunktet*. Fordi der kun udveksles penge, men ikke (typisk) kapitalandele, anvendes udtrykket “fantomaktie” (sml. det mindre mundrette engelske udtryk SAR, *stock appreciation right*). Den ret, aftalen fastslår (typisk til fordel for en medarbejder) indebærer, at den berettigede får ret til et kontantbeløb (en “bonus”) svarende til udviklingen i den underliggende akties markedskurs. En sådan *differencebetaling* kan da udløses på et bestemt tidspunkt, som er givet på forhånd.

Se om fantomaktier, *Morten Langer & Nicole Offendal*: Incentives og bonusordninger, 2. udg. (2015), s. 84 f., med henvisning til U 2009.1042 SH, der fandt et fantomaktieprogram omfattet af funktionærlovens § 17a.

Konvertible obligationer

I nær forbindelse med fantomaktien finder vi den konvertible obligation. Herved forstås en fordring på selskabet, som den berettigede efter eget valg kan *konvertere* til en (nytegnet) kapitalandel på et fremtidigt tidspunkt og til en nærmere bestemt kurs (udnyttelseskurs). Den konvertible obligation kombinerer

dermed en almindelig fordring med en tegningsoption. Kreditors interesse i enten at konvertere eller at tilbagebetale afhænger af, om markedsværdien af lånet er større eller mindre end markedsværdien af de kapitalandele, der vil fremkomme ved en konvertering.

Der er grundlæggende forskelle i den *risiko*, parterne påtager sig i hver af disse ordninger. I *optionsmodellerne* præsterer den berettigede ved udnyttelsen af optionen en selvstændig investering, som han risikerer at tabe, hvis kursen på aktierne senere falder. Optionen bliver dermed en lodseddel, der *måske* giver gevinst: Er børskursen på aktien over optionskursen, vinder den berettigede; er den under, var optionen en "nitte". *Tildelingsmodellen* føles ikke tilsvarende som en selvstændig investering, fordi den berettigede ikke skal have penge op af lommen: Aktien tildeles jo blot, typisk til favørkurs.

Risikomomentet

Alle aftaler om vederlag i kapitalandele indebærer, at den berettigede påtager sig en risiko for, hvordan kursen på de omhandlede kapitalandele udvikler sig. Det er netop denne risiko, der skaber det loyalitetsbånd og det fastholdelsesincitament, som tilsigtes. Udvikler kursen sig godt, vil den berettigede opleve en følelse af medansvar for en succes. Et drastisk fald i forhold til erhvervelseskursen kan derimod gå ud over medarbejderens loyalitet over for virksomheden – navnlig hvis kursfaldet kan bebrejdes ledelsen på grund af forhold, som medarbejderen ingen indflydelse havde på.

Som allerede nævnt må aftaler om vederlæggelse i kapitalandele nødvendigvis tage stilling til kredsen af *berettigede*, hvilken type af *kapitalandel* mv., der tilsiges, *mængden*, *udnyttelsesperioden* og *udnyttelseskursen*. For en mere grundig gennemgang af disse spørgsmål henvises til *Lavesen & Zeimer* (1999), kapitel 6 (s. 77 ff.). I det følgende fremhæves nogle enkelte, men væsentlige punkter.

Generelle reguleringsmaer

Parterne vil normalt tilstræbe, at en aktieaflønningsordning ikke udløser skattebetaling hos den berettigede i en situation, hvor aktien mv. aldrig bliver solgt med fortjeneste. Efter de nærmere regler i § 28 i ligningsloven (jf. lovbekendtgørelse nr. 1081 af 7. september 2015 med senere ændringer) beskattes medarbejdere ikke af *selve retten* til at opnå udbytteandele i form af aktier mv. Disse regler finder dog ikke anvendelse, jf. stk. 11, hvis

Skatteretlige krav

tildelingen er omfattet af lovens § 7 P (som indsat ved lov nr. 430 af 18. maj 2016). Efter denne bestemmelse medregnes *værdien* af aktier, køberetter til aktier eller tegningsretter til aktier, som personer *modtager* som vederlag i et ansættelsesforhold, ikke i den skattepligtige indkomst, hvis visse nærmere betingelser (som anført i stk. 2) er opfyldt, herunder at der er indgået en særlig aftale herom mellem arbejdsgiveren og den ansatte. I stedet beskattes disse aktier mv. som aktieindkomst, når aktierne sælges (med en skat på enten 27 % og 42 %, afhængigt af gevinstens størrelse), og ikke som lønindkomst (med en skat på indtil 56 %). Denne særlige beskatning forudsætter dog, at værdien af aktierne mv. svarer til højst 10 pct. af årslønnen. Ønsker selskabet at tilbyde en sådan ordning til sine ansatte, kan det selv afgøre, om *alle* ansatte eller kun nogle skal have tilbud herom. Selskaberne har ikke fradragsret for udgifterne til medarbejderaktier.

*Optjenings-
periode*

For medarbejdere vil et optionsprogram normalt være tilrettelagt sådan, at kun visse typer af medarbejdere kan udnytte det, og eventuelt først efter en vis periode. Aftalen definerer i så fald en optjeningsperiode, f.eks. sådan at der for hvert år optjenes så og så mange kapitalandele, der enten tildeles eller gøres til genstand for optionsaftaler.

*Udnyttelses-
periode*

Som nævnt er udnyttelsesperioden den periode, inden for hvilken den berettigede kan vælge at udnytte en tilsagt option til den på forhånd fastsatte favørkurs. Da værdien af optionen beror på, hvor meget højere børskursen er end favørkursen på tildelingstidspunktet, har den berettigede en interesse i at opnå en så lang udnyttelsesperiode som muligt, mens selskabet isoleret set (fraregnet fastholdelsesønsket) ønsker en kortest mulig periode. I praksis aftales meget forskelligartede udnyttelsesperioder. I *U 2011.973 H* var den sat til 10 år.

Betingelser

Udnyttelsesperioden vil ikke kun være klausuleret i tid. Da hovedformålet jo er at fastholde loyale medarbejdere, vil det typisk være en betingelse for at kunne udnytte retten, at medarbejderen er *ansat i virksomheden*, når den gøres gældende. Derfor er hovedreglen i aktieoptionslovens § 4, at en *option* (retten til "tildelte købe- eller tegningsrettigheder til aktier eller anparter") *bortfalder*, hvis ansættelsesforholdet ophører på grund af lønmodtagerens opsigelse, før lønmodtageren udnytter dem, medmindre andet fremgår af udnyttelsesbetingelserne. Hvis den berettigede

afgår ved døden eller kommer under insolvent bobehandling, vil optionen normalt bestå, idet boet da indtræder i den.

Optionsløfter afgivet af en virksomhed, der planlægger børsnotering, bør afskære den berettigede fra at sælge aktierne straks efter børsintroduktionen. Uden en sådan binding vil børskursen blive påvirket negativt ved salg af aktierne i denne kritiske periode. Bindingsperioden vil ofte være på to, tre eller fem år fra tildelingstidspunktet.

Bindingsperiode

Ved fastsættelsen af udnyttelsestidspunktet er der en vis forskel mellem europæisk og amerikansk praksis. I Europa aftales det normalt, at optionen kan udnyttes på faste tidspunkter, mens det i amerikansk praksis hyppigere forekommer, at optionen kan udnyttes på et hvilket som helst tidspunkt indtil udløb. Se hertil *Philip Nyholm & Torsten Lodberg Smed* (2000), s. 13.

I den udnyttelsesperiode, der er tilsagt for en optionsordning, vil selskabet være begrænset i sine muligheder for at disponere over sine aktier i strid med optionen. Denne binding kan føles som en belastning for virksomheden ved omstrukturering eller overdragelse. Derfor ser man undertiden vilkår, der tildeler selskabet en ret til ensidigt at ændre vilkårene for optionen. En sådan ændringsret vil som udgangspunkt være gyldig, men da den på den anden side vil være bebyrdende for optionsindehaveren, må vilkår af denne art fortolkes efter ordlyden, jf. *U 2011.973 H*.

Ændringsret

Som flere gange anført i det foregående forudsætter mange aftaler om vederlæggelse i kapitalandele, at der findes et reguleret marked (typisk en fondsbørs), hvorpå kapitalandelene omsættes eller forventes omsat. Forventningen om indtjening på et sådant marked rummer hovedincitamentet for ordningerne. Der til kommer, at ordningerne typisk knyttes til den kurs, der realiseres på det regulerede marked, hvor den berettigede ultimativt vil sælge sine aktier. Derfor spiller de regler, der gælder for dette marked, herunder navnlig i værdipapirhandelsloven, en væsentlig rolle for ordningerne.

*Kapital-
markedsretlige
begrænsninger*

Det selskab, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, har ikke pligt til at orientere markedet om sine optionsprogrammer. I praksis vælger selskaberne ofte at gøre det som led i deres informationspolitik. Når ledende medarbejdere (herunder direktions- og bestyrelsesmedlemmer) *udnytter* optio-

ner ved at erhverve aktier, skal der i alle tilfælde gives meddelelse til markedet, jf. den almindelige flagningsregel i værdipapirhandelslovens § 28a. I Finanstilsynets afgørelse af 16. januar 2008 er det lagt til grund, at denne pligt også består ved nyttegning.

Aftaler om medarbejderoptioner har givet anledning til tvivl om, hvorvidt retten til at udøve optioner strider mod reglerne om forbud mod *insiderhandel*, når medarbejdere har adgang til intern viden, der vil kunne påvirke kursfastsættelsen. Ved sin afgørelse af 19. august 2004 har Finanstilsynet fastslået, at medarbejderne i danske børsnoterede virksomheder kan udnytte uddelte optioner uden at komme i konflikt med forbuddet mod insiderhandel, selv om medarbejderne og selskabet er i besiddelse af intern viden på tidspunktet for udnyttelse af optionen. Afgørelsen omfatter både optionsprogrammer, der giver ret til at *købe* aktier, og programmer, der giver ret til *differencen* mellem købsprisen efter optionen og markedskursen på tidspunktet for udnyttelsen. Den er begrundet med, at sådanne handler i de typiske situationer ikke er egnet til at vildlede markedet.

2.6. Kommanditselskaber

2.6.a. Kendetegn

Begreb

Et kommanditselskab (ofte forkortet "K/S") er en virksomhed, hvori en eller flere deltagere (kaldet *komplementarerne*) hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser, mens en eller flere andre deltagere, *kommanditisterne*, hæfter begrænset for virksomhedens forpligtelser, se LEV § 2, stk. 2. På grund af den ubegrænsede hæftelse er komplementaren ofte et selskab med begrænset ansvar. Ofte vælges K/S-formen, fordi deltagere i et forretningsmæssigt projekt ikke ønsker at hæfte for mere end deres indskud. Reglerne om registrering, anmeldelse og opløsning gælder ikke for kommanditselskaber, bortset fra partnerselskaber, jf. LEV § 2, stk. 3. Foruden de øvrige regler i denne lov, sporadiske regler i SL kap. 21 om partnerselskaber og reguleringen i årsregnskabsloven er kommanditselskabet ulovreguleret i aftale- og selskabsretlig henseende.

Skattemæssigt består kommanditselskabets fordel i muligheden for at variere parternes hæftelse og heraf følgende adgang til at fradrage udgifter og afskrive på aktiver mv. Fordi kommanditisten

umiddelbart er medejer af kommanditselskabets formue op til det beløb, hans anpart udgør, kan han foretage afskrivninger og fradrage tab i forhold til denne anpart.

Der findes to principielt forskellige typer af kommanditselskaber.

Typer

Den ene type kan betegnes som det *publikumsorienterede kommanditselskab*, jf. terminologien hos *Werlauff: Anpartsaftalers bindende virkning* (1994), s. 12. Sådanne K/S'er oprettes typisk af skattemæssige grunde for at etablere en personlig forpligtelse og heraf følgende ret til at foretage skattemæssige afskrivninger på de aktiver, K/S'et har investeret i, uden at hæfte for hele investeringen. Det "publikumsorienterede" sigter til, at disse transaktioner udbydes på et almindeligt marked (typisk efter markedsføring mod offentligheden og med fremlæggelse af prospekt mv.) af særlige virksomheder med sigte på skatteplagede danskere.

– publikumsorienterede

Den anden type K/S kan kaldes det *interessentskabslignende kommanditselskab* og anvendes ved særlige former for partnerskab, hvor en part, der ikke kan forventes at deltage i den fulde forretningsmæssige risiko, opnår partnerstatus, men med en begrænset hæftelse.

– interessentskabslignende

2.6.b. Retsgrundlaget

LEV § 2, stk. 3, undtager kommanditselskabet fra de centrale regler om registrering, retsevne og anmeldelse, men bestemmer, at kommanditselskaber, hvor alle selskabsdeltagerne er aktieselskaber, partnerselskaber, anpartsselskaber eller selskaber med en tilsvarende retsform, skal registreres. Derfor hersker der også her aftalefrihed, såvel mellem deltagerne som i deres aftalerelationer til tredjeparter. Fordi kommanditselskabets retsforhold stort set er ulovreguleret, beror baggrundsretten i vid udstrækning på almindelige retsgrundsætninger svarende til dem, der har udviklet sig for interessentskaber og sameje. Der findes kun en beskedne retspraksis på området. Da anparten i kommanditselskaber ikke betragtes som "værdipapirer", kan de være genstand for offentligt udbud, uden at udbyderen behøver udarbejde prospekt efter reglerne i værdipapirhandelslovens kapitel 6.

Baggrundsretten

Også K/S'ets juridiske stilling er i grundlæggende henseender uafklaret. Det gælder f.eks. spørgsmålet, om K/S'et er en selvstændig juridisk person. Dette spørgsmål falder i hovedsagen sammen med, hvordan man vil karakterisere et interessentskab i så henseende, se herved drøftelsen s. 47 i petitafsnittet.

*Konciperings-
opgaven*

Derfor er der stort behov for at præcisere retsstillingen ved aftale. Navnlig er der behov for at afklare, hvordan de enkelte kommanditisters hæftelse begrænses. Behovet for en bevisfast aftale er måske mindre for så vidt angår andre temaer. Er der ingen aftale indgået, og giver baggrundsretten ingen vejledning, vil deltagernes (kendelige) forudsætninger for at indlade sig på aftaleforholdet få væsentlig betydning for retsdannelsen.

Initiativet til at etablere et kommanditselskab vil ofte udgå fra komplementaren (eller dennes moderselskab), som typisk vil være mere aktiv og risikovillig end kommanditisterne. Af samme grund vil det ofte også være komplementaren, der konciperer kommanditselskabsaftalen eller i hvert fald fremlægger et udkast hertil. Forhandlingssituationen og styrkeforholdet beror på, hvilken type K/S der er tale om. I publikumsorienterede K/S'er indgås i praksis kun adhæsionsaftaler, der ikke efterlader noget rum for forhandling med den enkelte kommanditist. I interessentskabslignende K/S'er vil forhandlingssituationen minde om den, der foreligger ved indgåelse af aftaler om interessentskaber eller sameje.

2.6.c. Særlige reguleringsområder

Aftaleindgåelsen

Et kommanditselskab vil altid foreskrive forskellige pligter for de forskellige klasser af deltagere. Derfor bør kommanditselskabsaftalen altid oprettes *skriftligt*. Er der mange deltagere og hyppige udskiftninger, vil der være et sæt vedtægter, som nye deltagere forventes at tiltræde uden forhandling. Dette vil da ske ved en tegnings- eller købsaftale, hvortil vedtægterne er knyttet.

Hæftelsen

Et af de centrale reguleringsspørgsmål i K/S-aftalen angår parternes *hæftelse*. Som udgangspunkt hæfter den enkelte kommanditist op til værdien af sin kommanditistanpart. Denne hæftelse er let forståelig i et *interessentskabslignende* K/S, hvor beløbet måske er indbetalt kontant, og hvor kommanditisten selv er aktiv deltager. K/S-konstruktionen er måske ligefrem valgt for at

sikre en kontrol og et fælles ejerskab af visse værdier. Kommanditisterne kan også stifte det kapitalselskab, der optræder som komplementar, og som erhverver og kontrollerer centrale formuegoder (herunder immaterialrettigheder), som stilles til rådighed for K/S'et eller for de enkelte kommanditister.

Situationen er anderledes i det *publikumsorienterede* K/S. Her vil komplementaren ofte være et selskab stiftet til formålet af den virksomhed, der udbyder projektet. Dermed har komplementarhæftelsen begrænset reel værdi. Selv om kommanditisten kun *hæfter* med værdien af sin kommanditistanpart, som han også foretager skattemæssige afskrivninger på, ligger hæftelsen betydeligt over det kontante *kontantindskud*, han har præsteret for anparten. Forskellen mellem kontantindskuddet og denne hæftelse markerer den reelle risiko for kommanditister i publikumsorienterede K/S'er. Disse kommanditister vil ofte erhverve kommanditistanparten i håbet om, at selskabet vil give et så stort afkast, at det lån, der samtidig optages for restgælden, aldrig aktualiseres. Ved aftalens indgåelse har den nye kommanditist fokus på de gunstige skattevirkninger af afskrivningen – ikke på risikoen for tab (der ofte også i markedsføringen af disse anparter må fremstå som mere fjern). Når hæftelsen efterfølgende aktualiseres med krav om indbetaling op til K/S-anpartens pålydende, kan der opstå spørgsmål om, hvem der skal bære risikoen for disse tab.

Der har udviklet sig en betydelig retspraksis om sådanne tegningsaftalers ugyldighed som følge af bristede forudsætninger som følge af påstået misinformation mv. På den ene side står hensynet til den skuffede kommanditist. Heroverfor står hensynet til de kreditorer, der lider tab. Ofte er spørgsmålet, om kommanditisten kan rette erstatningsansvar mod udbyderen af sådanne investeringsaktiver. Svaret på dette spørgsmål beror på, om udbyderen konkret har afgivet væsentligt misvisende oplysninger.

Fra tidlig praksis kan f.eks. henvises bl.a. til *U 1921.450 H* (aktietegning bortfaldet ved svig), *U 1921.1005 H* (aktietegning ansås gyldig), *U 1951.17 H* (medejer indtræden i insolvent forretning sket ved svig – ej hæftelse), *U 1978.205 V* (tegning af “stille anparter” ikke svigagtig), *U 1981.887 Ø* (ikke muligt to år efter tegningen at træde tilbage) og *U*

1989.1078 H (visse fortællinger indebar ikke vildledning). Herefter tog praksis en drejning. I U 1992.43 SH ansås tegning af en anpart i vindmølleprojekt for uforbindende, da vindmøllerne ikke som tilsagt var certificerede. I U 1993.696 H ansås et projekt fra starten at have været så nødlidende, at investor ikke var bundet; se *Nørgaards* kommentar i U 1994B, s. 263 ff. Heroverfor står U 1994.876 H (tegningsaftale vedrørende muslingeavl gyldig). U 1996.271 H opretholdt nogle kommanditaftaler vedrørende fremstilling og markedsføring af nuklearmedicinsk udstyr og U 2007.130 H fandt ikke, at nogle fejl i udbudsmateriale for en udlejningsejendom gav investorerne i kommanditselskabet ret til erstatning. Se også U 2005.260 H, hvor en revisionsvirksomhed ikke ansås ansvarlig for budgettering af en erhvervsjendom udbudt i et sådant projekt.

Beslutningskompetencen

I kompetencen til at træffe *beslutninger* minder det interessentskabslignende K/S om interessentskabet. Da komplementardeltagerne hæfter med hele deres formue, vil der være en formodning for, at disse deltagere har *vetoret* om selskabets anliggender, se herved om interessentskaber *Friis Hansen & Krenchel* (2015), s. 385 ff. For så vidt angår kommanditisterne kan en tilsvarende formodning ikke opretholdes. Det sædvanlige vil her være, at kommanditisterne stemmer i forhold til deres indskud. I publikumsorienterede K/S'er vil man almindeligvis lade generalforsamlingen være øverste myndighed, idet den daglige ledelse varetages af komplementaren eller en til denne knyttet administrationsvirksomhed. Ledelsesmæssigt vil disse K/S'er dermed minde som kapitalselskaber, hvor der vil gælde krav om flertal eller eventuelt kvalificeret flertal.

Udtræden

Også aftalereguleringen af parternes udtræden af et K/S ved *opsigelse* beror på formålet. I publikumsorienterede kommanditselskaber er der et vist hensyn at tage til helheden. Her vil en kommanditist normalt kun kunne opsige, hvis dette kan ske uden negative virkninger for de øvrige kommanditister, jf. til illustration U 1989.1078 H, der trods selskabets tilsidesættelse af en række formelle aftaleregler ikke gav en kommanditist adgang til at træde ud. Selv om det publikumsorienterede K/S ledelsesmæssigt ligner kapitalselskabet, er der næppe grundlag for at anvende SL's beskyttelsesregler til beskyttelse af kommanditisten. I U 1991.797 H havde Sø- og Handelsretten udtalt, at der ikke bestod sådanne ligheder mellem et aktieselskab og et kommanditselskab, at SL's regler om mindretalsbeskyttelse kunne anvendes analogt. Man

kan med *Werlauff*, a.st. s. 17, betragte kommanditisten som en part, der har købt sig ind i en virksomhed, men som i denne forstand – ulovreguleret, men efter fast selskabsretlig praksis – har fået lov til at begrænse sin hæftelse for virksomhedens forpligtelser.

2.7. Joint ventures

2.7.a. Kendetegn

Ordene “joint venture” betyder “fælles virksomhed”. Der findes ingen fast og indarbejdet definition af, hvad der mere præcist forstås hermed. Begrebet benyttes oftest om virksomheder, som stiftes med snævert afgrænsede formål af deltagere, der i forvejen driver andre virksomheder, og som også efter stiftelsen forventes at videreføre disse hidtidige virksomheder. Deltagerne i et joint venture har altså ikke et så betydeligt interessefællesskab, at de ønsker at fusionere deres eksisterende virksomheder til den virksomhed, der drives af joint venturet. Med deres joint venture får de sat en virksomhed i søen, der kan løse en opgave, de sammen står med, samtidigt med at de altså *bibeholder* deres bestående virksomheder. Dermed opnås en synergi, som de ikke kunne opnå hver for sig. Der er dog ikke tale om en passiv investering. Som regel bibeholder parterne i et joint venture en betydelig indflydelse på de beslutningsprocesser, der skal træffes heri.

Begreb

Aftaleformen er analyseret indgående, navnlig med henblik på dens konkurrence- og selskabsretlige udfordringer, i *Karsten Ensig Sørensens* doktorafhandling *Joint ventures – struktur og regulering* (2006). *Ensig Sørensen* karakteriserer indledningsvis (s. 17) joint ventures som “en samarbejdsform med visse særlige karakteristika, bl.a., at der er tale om et samarbejde mellem to eller flere virksomheder (joint venture-partnerne) omkring et fælles projekt eller virksomhed”, men afviser (s. 45 f.) at opstille nogen fastere definition. Derimod påpeger han (s. 48 ff.) begrebets centrale karakteristika, herunder at joint ventures skabes af to eller flere i forvejen bestående virksomheder, at joint venturet beskæftiger sig med en aktivitet, der er udskilt af deltagernes øvrige erhvervsaktiviteter, at denne udskillelse ofte placeres i en selvstændig juridisk enhed, og at begge parter vil opretholde en fælles kontrol over denne enhed. Se også kapitel 1 i samme forfatters bog *Selskabsstrukturer – Joint ventures, koncerner, grænseoverskridende mobilitet og omstruktureringer* (2015). *Are Herrem*

karakteriserer i *Askheim* m.fl. (1991), s. 404 f., et joint venture som “et samarbeid mellom to eller flere individuelle virksomheter om et begrenset prosjekt” – altså et samarbejde, der er “løserne en et selskab, men fastere enn en kjøpsavtale”. I dansk terminologi høres undertiden betegnelsen “fællesforetagende”, i norsk “opdragssamarbeid” og i svensk “samrisk-företag”, se hertil *Engsig Sørensen* (2006), s. 23 og i TfR 2001.406 ff. Praktisk *engelsk-amerikansk* sprogbrug rummer en række synonymmer for joint ventures, f.eks. *corporate partnership*, *joint corporation*, *business venture* og *business cooperative*. Undertiden benyttes betegnelsen “solo venture” for investeringer baseret på enkeltmandsvirksomheder.

Eksempel

I den danske dagbladsbranche er samarbejdet om *Bladkompagniet* et illustrerende eksempel på et *joint venture*. Dette selskab blev oprindeligt stiftet i 1920 af københavnske dagblade for at spare omkostninger til bude ved fælles bladdistribution. I dag distribuerer Bladkompagniet både fagblade, ugeblade og kundeblade, hvor det eksisterende distributionsnet udnyttes til at levere distributionsydelser til en konkurrencedygtig pris. Bladkompagniet ejes af de to store og landsdækkende avis konkurrenter Berlingske Media A/S og JP/Politikens Hus A/S fordelt med halvdelen hver.

Joint venture-aftaler vil typisk inddrage reguleringsområder fra transaktioner, der er omtalt andetsteds i denne fremstilling. Parterne må allerførst regulere forhold af *konstitutionel* art (herunder om deltagernes ejerskab og beslutningskraft). Hertil kommer særaftaler om de specifikke *ydelser*, der skal leveres via joint venturet. Udøves joint venturet i et datterselskab, som parterne ejer, vil konstitutionelle spørgsmål om kontrollen over og driften af dette datterselskab være indeholdt i en ejerftale. De specifikke ydelser, der kan indgå i driften, kan være af finansiell, rådgivningsmæssig eller anden art. Dermed vil transaktionen indarbejde elementer af aftaler om f.eks. finansiering, rådgivning, outsourcing, licens og afsætning. Spørgsmål af den art vil være nedfældet i en overordnet samarbejdsaftale. Se nærmere hertil *Engsig Sørensen* (2006), s. 56 ff.

Sondringer

I relation til aftaler om joint ventures kan det være relevant at anlægge forskellige sondringer.

Man kan for det første sondre mellem *nationale og internationale* joint ventures. Stater, der søger at tiltrække udenlandske investeringer via joint ventures, hvor også værtslandet deltager

(f.eks. til etablering af havneanlæg), vil ofte have indført særlig lovgivning om sådanne joint ventures. En sådan lovgivning kan aktualisere særlige problemer, jf. herom under 2.7.d.

For det andet kan man udskille de joint ventures, der fører til en selskabsdannelse, fra dem, der ikke gør. I et *contractual joint venture* defineres det begrænsede partnerskab udelukkende af en samarbejds- eller samejeaftale, hvor parterne definerer den støtte, de vil yde til den fælles virksomhed. Sådan kan situationen f.eks. være, hvis flere virksomheder går sammen om at gennemføre et fælles projekt (f.eks. opføre et byggeri med henblik på senere kommerciel udnyttelse i et såkaldt *byggekonsortium*) eller at gennemføre et forsknings- og udviklingsarbejde (se herom afsnit 7.6.a.). Derimod får parterne i et *equity-joint venture* ejerandele i en virksomhed, hvad enten denne er et *kapitalselskab* eller et *interessentskab*. Hvis ejerandelene knytter sig til kapitalselskaber, taler man om *corporate joint ventures*.

Equity joint ventures kan igen underinddeles i flere grupper, afhængigt af hvordan de kommer til verden jf. *Lewis* (1991), s. 168. *Startup joint ventures* involverer en organisation, der stiftes med sigte på at løse den målsætning, parterne har defineret. Organisationen er derfor typisk uafhængig af de involverede parter. Et *buy in-joint venture* tager derimod udgangspunkt i en eksisterende selskabsdannelse, f.eks. den ene deltagers datterselskab, som den anden deltager erhverver kapitalandele i. Endelig kan parterne gennem en *fusion* indskyde flere eksisterende selskaber i et fælles nyt.

2.7.b. Retsgrundlaget

Der findes ingen dansk lovgivning om joint ventures. Ligesom det gælder for interessentskaber, ville en aftaleretlig lovregulering i øvrigt være vanskelig at afgrænse, da joint venture-begrebet ikke udelukkende omfatter samarbejde om *virksomheder*, men også om *samejeforhold* (se herom afsnit 2.3.g.) eller strategiske alliancer (se herom afsnit 8.2.).

Det praktisk vigtigste retsgrundlag for joint ventures finder man i de konkurrenceretlige regler. Netop fordi deltagerne viderefører deres eksisterende virksomheder, består der en risiko for, at de benytter joint venturetil at begrænse konkurrencen. Risikoen herfor er størst, når deltagerne er *konkurrenter*. For sådanne

Aftaleret

Konkurrenceret

parter må den fælles indsats i joint venture tilsigte at give dem bedre betingelser for at konkurrere om den øvrige virksomhed, jf. eksemplet ovenfor om Bladkompagniet. En risiko for konkurrencebegrænsninger foreligger også, når et joint venture medfører, at de deltagende virksomheder *ikke* begiver sig ind i en konkurrence, som ellers havde været nærliggende og hensigtsmæssig.

– *samordnet
praksis*

Ifølge konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 6, anses en aftale, hvorved to eller flere virksomheder “samordner deres konkurrencemæssige adfærd gennem oprettelsen af et joint venture” som konkurrencebegrænsende, jf. stk. 1. Forbuddet beror altså på, om der sker en *samordning* af de deltagende virksomheders konkurrencemæssige adfærd. Bestemmelsen regulerer ikke selve stiftelsen af dette selskab men det (muligt konkurrenceskadelige) samarbejde, der omgiver den. Risikoen for en ulovlig samordning er nærliggende, hvis de stiftende virksomheder er aktuelle eller potentielle konkurrenter, og joint venture overtager funktioner vedrørende produktion eller salg. Hvis joint venture derimod alene *bistår* de stiftende virksomheder, skal det vurderes efter § 6, stk. 1. Falder joint venture inden for bestemmelserne, er der mulighed for fritagelse efter lovens § 8, stk. 1.

Tilsvarende forbyder TEUF art. 101, stk. 1, litra b, aftaler, der begrænser eller kontrollerer produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer. Her giver stk. 3 Kommissionen adgang til at erklære dette forbud for uanvendeligt på bestemmelser, der bl.a. bidrager til at *forbedre* produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske *udvikling*, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af *fordelen* herved, og uden at der pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er *nødvendige* for at nå disse mål mv. Med hjemmel i denne bestemmelse har Kommissionen den 14. december 2010 udstedt en undtagelsesforordning (1217/2010), om anvendelse af traktatens TEUF art. 101, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler.

– *fusionskontrol*

Ligeledes foreskriver konkurrencelovens § 12a, stk. 2, at oprettelse af et joint venture, som på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner, udgør en *fusion* efter bestemmelsens stk. 1, nr. 2. Fusionsbegrebet i denne bestemmelse skal forstås i overensstemmelse med fusionskontrolforordningen (rådsforordning 139/2004 af 20. januar 2004),

som gælder parallelt med de danske regler. Se i det hele hertil del II i *Engsig Sørensen: Joint Ventures* (2004), navnlig kapitlerne 5-6, og samme forfatters bog *Selskabsstrukturer – Joint ventures, koncerner, grænseoverskridende mobilitet og omstruktureringer* (2015), s. 173 ff.

2.7.c. Særlige reguleringsområder

I *equity joint ventures* må deltagerne som nævnt tage stilling til, hvordan de vil udøve deres fælles ejerskab. Disse spørgsmål har samme karakter som ved drift af et interessentskab, se hertil i afsnit 2.3.e. Ofte vil de eje joint venturet med lige store andele for herigennem at sikre den kontrol, som hver af dem typisk tilsigter. I så fald må aftalen tage stilling til situationen ved *deadlock*, jf. herom s. 42 ff. Fordi et joint venture ofte angår mindre projekter om enkelte aktiviteter, er behovet for at aftaleregulere i detaljen ikke nødvendigvis stort. Alene det forhold, at deltager bibeholder deres eksisterende virksomhed, vil uvilkårligt indebære, at deres primære fokus ligger der.

I joint ventures med kortsigtede og snævert afgrænsede formål er det sjældent nødvendigt at tage stilling til, hvornår nye deltagere skal kunne optages og eksisterende parter *udtræde*. Dette vil ofte give sig selv. Derimod bør aftalen tage stilling til, hvorledes samarbejdet skal *opløses* (f.eks. hvis det fælles projekt ikke lykkes, fordi en tilsigtet ordre ikke opnås) eller *transformeres* (hvis der opstår behov for at etablere et selskab). En joint venture-aftale må dernæst regulere den indbyrdes *hæftelse* og fordeling af det eventuelle *overskud og tab*. Spørgsmålet om *konfliktløsning* bør reguleres på samme måde som i interessentskabsaftaler, jf. bemærkningerne s. 71.

Spørgsmål om ledelse vil altid været et hovedtema i en joint venture-aftale. Parternes ønsker om ledelse vil bero på, hvor fast en strategi der er aftalt for joint venturet. Hvor et selskab ofte etableres med henblik på at drive virksomhed under former, der ikke altid vil være kendt på stiftelsestidspunktet, vil formålet med et joint venture ofte være langt mere målrettet. Og hvor konsekvensen af en uenighed i et selskab ofte vil være, at der må gennemføres en afstemning el.lign., vil en fastlåst uenighed i et joint venture ofte føre til samarbejdets ophør.

Et joint venture med flere ejere og en langsigtet, kapitalkræ-

*Regulerings-
behovet*

*Almene
regulerings-
temaer*

Ledelse

*Konsensus eller
majoritet?*

vende investeringsplan kræver planlægning. I den efterfølgende ledelse kan det være nærliggende at indføre et ledelsesprincip, hvorefter A har magten til at bestemme over B. Der kan være betydelige fordele forbundet med at fastholde uafhængighed gennem ligelig stemmewægt (paritet). Vel sinker behovet for konsensus beslutningsprocessen, men netop fordi den gør det, vil beslutningstagerne være motiveret til at delegerer så mange beslutninger som muligt til lavere niveauer i organisationen, hvorved der i sidste ende opnås større fleksibilitet, jf. i det hele *Lewis* (1991), s. 185 ff. og 199 ff. Derfor vil den daglige ledelse af et paritetsstyret joint venture ofte få mere selvbestemmelse, end ledelserne i de involverede moderselskaber har.

ExCom

Ofte vil deltagerne organisere deres joint venture således, at modstående synspunkter udveksles i et forum under deltagelse af kompetente repræsentanter for de involverede parter, en såkaldt “ExCom” (executive committee). Et sådant forum kan minde om de besluttende organer, der ofte udpeges i store interessentskaber, se herved s. 56, og vil ofte blive paritetisk sammensat. Realiseres et joint venture via et selskab, vil dettes bestyrelse typisk tælle samme personer som deltagerne i ExCom. Se nærmere herom *Herrem* i Askheim m.fl. (1991), s. 416 ff., med undersøgelser af den daværende kontraktspraksis.

Daglig leder

Foruden en ExCom vil et joint venture typisk også udpege en daglig leder, som har til opgave at gennemføre de beslutninger, der træffes. Lederen vil normalt besidde en stillingsfuldmagt til at træffe de dagligdags beslutninger, der er nødvendige for at eksekvere beslutninger truffet i eksekutivkomitéen. Har parterne oprettet et kapitalsselskab, vil lederen typisk få stilling som direktør heri.

Konkurrenceforhold

Som allerede nævnt spiller konkurrencespørgsmål en væsentlig rolle for aftaler om joint ventures, fordi parterne forventes at videreføre den virksomhed, de drev før stiftelsen. Også fordi spørgsmålet er genstand for konkurrenceretlig regulering, bør sådanne forhold reguleres indgående. Parterne bør også aftaleregulere deres pligt til at udveksle – henholdsvis ret til at forbeholde sig – erhvervshemmeligheder. Se nærmere herom i afsnit 7.6.a. om forsknings- og udviklingsaftaler.

2.7.d. Internationale joint ventures

Internationale joint ventures benyttes ofte i samhandelen mellem industri- og udviklingslandene. Industripartneren stiller sin teknologi og know-how til rådighed for u-landet, der til gengæld præsterer billig arbejdskraft og adgang til råvarer mv. Den realiserede produktion kan enten eksporteres og dermed fremskaffe tiltrængt stærk kapital, eller forblive i u-landet, hvor den kan forbedre levestandarden. I årene omkring murens fald benyttede mange tidligere østlande en sådan joint venture-lovgivning som et første middel til at åbne for international samhandel og tiltrække avanceret teknologi (undertiden således at staten selv indgik som deltager i et joint venture). Samme vej har Folkerepublikken Kina senere fulgt. Herigennem kan værtslandet kontrollere den fremmede investors færden og sikre, at investor ikke udøver en uønsket politisk eller økonomisk magt.

Et internationalt joint venture giver *investor* en række fordele, som han ellers kun vanskeligt eller med en betydelig usikkerhed kunne have opnået ved andre typer af transaktioner. I kraft af sin lokale partner har han for det første adgang til den nærmeste viden om værtslandets forhold, ligesom han i henseende til organisation og etablering lettere indgår i værtslandets infrastruktur. Tilstedeværelsen af en lokal partner letter også dialogen med lokale myndigheder. Også overvågning og håndhævelse af immaterialrettigheder sker mere effektivt via lokal repræsentation. Dernæst kan der opnås konkurrencemæssige fordele på værtslandets hjemmemarked, der typisk vil have en præference for lokalt producerede varer. I visse tilfælde kan joint venture-formen endelig give adgang til værtslandets særlige handelsbegunstigelser med henblik på (re-)eksport.

Værtslandets interesse i et internationalt joint venture består først og fremmest i adgangen til udenlandsk kapital og teknologi. Interessen i teknologisk samarbejde begrundes særligt gunstige vilkår, der i mange ikke-vestlige lande gælder for joint ventures, hvis produktion er baseret herpå. Se herved *Latrup-Pedersen* i U 1987B, s. 150 ff., om den daværende kinesiske lovgivning. På det nationalpolitiske plan kan der være politiske motiver bag etableringen af det bånd til vestlig kapital og teknologi, der skabes gennem joint ventures.

Fordi parterne i et internationalt joint venture kan have vidt

forskelligartede økonomiske og ikke-økonomiske interesser, er transaktionen allerede fra fødslen forbundet med betydelige økonomiske, politiske og (undertiden som følge heraf) retlige risici. Disse risici er i sagens natur størst mellem parter, der ikke tidligere har været i kontakt med hinanden.

I *Jørn Vestergaard-Jensens* afhandling *Joint Ventures i Østeuropa* (1986), s. 40-262 findes en detaljeret oversigt over den dagældende lovgivning om joint ventures i Ungarn, Rumænien, Polen og Bulgarien. Forfatteren påpeger, at basislovgivningen i hvert af disse lande er ganske kortfattet, at der ikke er store forskelle på dette plan i lovene, men at forskellene derimod fremtræder i følgelovene. Retsgrundlaget for etablering af joint ventures i Kina er beskrevet af *Tom Latrup-Pedersen* i U 1987B, s. 145 ff., jf. *Henrik Lind* sst. s. 258 ff.

2.8. Virksomhedsoverdragelser

2.8.a. Kendetegn

*Virksomheden
som ydelse*

At overdrage en virksomhed indebærer en kompliceret transaktion med talrige relationer og risikomomenter for sælger og køber såvel som for den eller de parter, der finansierer transaktionen. Enhver virksomhed har sine helt unikke kendetegn, og værdien af den beror på et kompliceret samspil mellem faktiske, retlige, tekniske, markedsmæssige og økonomiske faktorer. De motiver, der bringer parterne sammen om transaktionen, er ikke altid kendte. Købers interesse angår måske kun en del af virksomheden, eller enkelte af dens aktiver, og måske ønsker han slet ikke at drive virksomheden som hidtil, idet købet kun sker for at undgå, at den overtages af en konkurrent. Transaktionen kræver både forretningsmæssige, økonomiske og juridiske færdigheder. Derfor involverer den typisk en række forskellige typer af rådgivere, f.eks. advokater, revisorer, virksomhedsmæglere og *investment bankers*.

*Prisfastsættelse
og earn out*

Den pris, parterne enes om som vederlag for virksomheden, beror på tilsvarende komplicerede faktorer. Sælgeren vil normalt knytte sin prisforventning til virksomhedens historiske afkast. Afkastforventninger spiller i sagens natur også en rolle for køberen, men i køberens kalkule indgår også en vurdering af, hvordan virksomhedens afkast kan optimeres gennem en ændret drift.

Ofte aftales det, at den endelige betaling beror på, hvilket resultat virksomheden realiserer i en periode efter aftaleslutningen (såkaldt *earn out*). Købesummen opdeles da i to, idet der dels betales en ubetinget købesum *up front*, hvis størrelse ligger fast, dels en betinget tillægskøbesum, der fastlægges, når resultatet af driften i den efterfølgende *earn out*-periode kendes. En sådan betalingsstruktur kan være risikabel for en sælger, der ingen indflydelse har på driften efter overtagelsen. I særlige tilfælde kan det dog aftales, at sælger – i rollen som meddirektør eller bestyrelsesperson – bevarer indflydelse efter overtagelsen. En *earn out*-betaling kan forekomme rimelig, hvis transaktionen af særlige grunde (f.eks. usikkerhed om fremtidig lovgivning eller forventelige markedsomskift) er vanskelig at prissætte. Metoden er derimod mindre anvendelig, hvis den overdragne virksomhed straks efter overførelsen skal integreres i den erhvervende virksomhed. Se om *earn out* Schans Christensen (1998), s. 173 ff., Egholm Hansen & Lundgren (2014), s. 193 ff. og Lego Andersen (2002), s. 36 ff.

Blandt de forhold, der bør indføres i en bestemmelse herom, er, jf. Lego Andersen a.st., s. 38, *varigheden* af *earn out*-perioden, *beregningsgrundlaget* (herunder i tilfælde, hvor selskabet er underskudsgivende i ét år, men overskudsgivende i et andet), om der skal ske en *samlet beregning* ved periodens udløb eller løbende udbetales delbeløb samt eventuelle *maksimumbeløb*. Ligeledes bør det aftales, hvorledes parterne er stillet, hvis køber sælger virksomheden eller en del af den videre inden *earn out*-periodens udløb.

En virksomhed, der drives i selskabsform, kan overdrages på to principielt forskellige måder: Ved overdragelse af de *kapitalandele* (eller en bestemmende andel af aktiekapitalen), der etablerer virksomhedens ejergrundlag (såkaldt aktieoverdragelse) eller ved overdragelse af de enkelte *aktiver* i virksomheden (såkaldt aktivoverdragelse eller substansoverdragelse), jf. nærmere om dette valg afsnit 2.8.e. Det selskab, der er tale om at overdrage, betegnes i det følgende som *targetselskabet*. Med “virksomhedsoverdragelse” menes her og i det følgende, salg som “*going concern*”, hvorved erhververen – med større eller mindre afvigelser – planlægger at videreføre den hidtidige drift. Uden for fremstillingen falder virksomhedsoverdragelser, der ikke tilsigter en videreførelse

Aktiv- og aktieoverdragelser

af driften, f.eks. salg af enkeltaktiver fra et konkursbo, køb af aktier med henblik på *asset stripping* (dvs. at udtage enkelte aktiver, der formodes at have en større værdi end den, der betales for den samlede transaktion) og overførelse af licenser eller franchises fra en rettighedshaver eller franchisegiver og til en kunde.

Fordele og
ulemper

En *aktieoverdragelse* påvirker ikke retsforholdene for selve targetsselskabet, der som juridisk person blot skifter ejer. Aktieoverdragelsen er derfor skatteneutral for virksomheden (hvorimod dispositionerne over de underliggende aktier i sagens natur har skattevirkninger for ejerkredsen). Derimod vil en *aktivoverdragelse* udfordre aftalerelationerne mellem virksomheden og dens aftalparter. Hvis de modsætter sig det debitorskifte, der kræves, for at de nye ejere kan indtræde i virksomhedens aftalerelationer, må der findes løsninger. På dette punkt er det vanskeligere at gennemføre en aktivoverdragelse end en aktieoverdragelse. Denne forskel reduceres vel i det omfang aftalerne med targetsselskabet har *change of control*-klausuler, se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.1.d., og *Tamasauskas* (2006), s. 253 ff. I øvrigt er omkostningerne de samme, uanset hvilken type overdragelse der vælges. Køberen vil foretage samme *due diligence*-undersøgelser og vil derfor have samme rådgiveromkostninger i begge tilfælde. Ofte vil parterne foretrække en aktivoverdragelse, hvis virksomheden er af beskeden størrelse, og hvis den påtænkes integreret i køberens eksisterende virksomhed, jf. *Lego Andersen* (2002), s. 14 ff.

Virksomhedens
værdier

Som udgangspunkt vil virksomhedens aktiver kunne aflæses i dens årsregnskab og i den bagvedliggende bogføring. Dette udgangspunkt er dog undergivet betydelige modifikationer. Et aktiv kan være fuldt afskrevet regnskabsmæssigt og fortsat have driftsøkonomisk værdi. Omvendt kan en virksomhed med både lovlige og ulovlige midler puste sit regnskab op. Mange værdier kan slet ikke aflæses i regnskabet. F.eks. vil værdien af dygtige medarbejdere med kendskab til en strategisk teknologi, et godt *brand*, lovende forskning eller en enestående beliggenhed ikke blive posteret som særskilte aktiver.

2.8.b. Retsgrundlaget

Der gælder et almindeligt princip om aftalefrihed for aftaler om virksomhedsoverdragelse. Reglerne i konkurrencelovens kapitel 4 om *fusionskontrol* (der suppleres med bestemmelserne i fusi-

onskontrolforordningen, Rfo 139/2004) regulerer adgangen til at gennemføre visse former for virksomhedsoverdragelser (fusion). Men disse regler har kun betydning for større transaktioner. Ifølge konkurrencelovens § 12, stk. 1, gælder reglerne kun, hvor de deltagende virksomheder *tilsammen* har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 900 mio. kr., og mindst *to* af de deltagende virksomheder hver især har en samlet årlig omsætning i Danmark på mindst 100 mio. kr., eller mindst *en* har en omsætning over 3,8 mia. kr. Ifølge fusionskontrolforordningens art. 1, stk. 2, skal de deltagende virksomheder bl.a. have en samlet omsætning på verdensplan, der overstiger 5 mia EUR.

Det har været diskuteret, om *købeloven* finder anvendelse ved virksomhedsoverdragelser, der gennemføres som aktieoverdragelser. I praksis vil parterne træffe aftale om alle de forhold, som KBL regulerer, og langt flere. Spørgsmålet har derfor en noget teoretisk interesse, idet det ligger klart, at virksomhedsoverdragelser ikke kan være forbruger køb, hvorved de præceptive regler er uanvendelige. Men for nogle retsspørgsmål kan det være afgørende, om loven finder anvendelse: Består virksomheden af en ejendomsporteføje, der overdrages på et kortfattet aftaledokument, vil toårsfristen i KBL § 54 for fremsættelse af mangelsindsigelser med sikkerhed ikke finde anvendelse, eftersom KBL ikke finder (direkte) anvendelse ved køb af fast ejendom, jf. § 1 a, stk. 1. Sælges ejerandelene, må udgangspunktet derimod være, at fristen gælder, eftersom købeloven gælder for køb af aktier (jf. forudsætningsvis lovens § 19).

Købeloven

I sin afhandling om Kontraktsbrott vid köp av aktier – särskilt om fel (1992), antager *Christina Hultmark* (nu *Ramberg*), at KBL med dens mangels- og reklamationsregler er anvendelig ved alle aktieoverdragelser, hvorimod der ikke er grundlag for at anvende reglerne i GBL § 10. Om denne antagelse kan fastholdes i en situation, hvor parterne har indgået detaljerede aftaler om de temaer, hvor anvendelsen af KBL har kritisk betydning (herunder navnlig om hæftelsen for mangler), kan selvfølgelig diskuteres, men udgangspunktet må være rigtigt. Se ligeledes herom *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), s. 271 ff.

En virksomhedsoverdragelse involverer ofte ganske betydelige værdier, som erhververen sjældent råder over selv. I så fald vil

Selvfinansiering

transaktionen nødvendiggøre en selvstændig finansierings-transaktion, der enten gennemføres af parterne selv eller ved tredjemands mellemkomst. SL §§ 206-209 opstiller en række betingelser for, at en aktieoverdragelse kan gennemføres ved selvfinansiering. Blandt andet må finansieringen ske på sædvanlige markedsvilkår, og beslutningen herom må være forsvarlig. Herudover kræves generalforsamlingens godkendelse, ligesom der skal foreligge en redegørelse fra det centrale ledelsesorgan, hvor der bl.a. er sket en kreditvurdering af den kreds, der modtager selskabets økonomiske bistand. Se nærmere hertil *Henrik Kure: Finansieringsret (2015)*, s. 115 ff.

*Særlig
regulering*

Visse lovbestemmelser knytter særlige konsekvenser til, at der foreligger en “virksomhedsoverdragelse”. Det gælder først og fremmest i forholdet til medarbejdere, jf. nedenfor, samt retsvirkningerne af visse skatteretlige regler, se f.eks. kildeskattelovens § 33C, virksomhedsskattelovens §§ 15, stk. 3 og 15a, og i det hele lov om skattefri virksomhedsomdannelse. Hertil kommer de særlige regler, der findes forskellige steder i den formueretlige lovgivning, f.eks. i funktionærlovens § 2, stk. 8, om videreførelse af opsigelsesvarsel, og GBL § 31, stk. 3, om denunciation. Ønsker parterne at opnå eller undgå bestemte retsvirkninger i medfør af disse regler, bør de tage højde herfor, når selve transaktionen tilrettelægges, og beslutningen om, hvilke aktiver der skal overdrages, træffes.

2.8.c. Aftaleindgåelse

*Overdragerens
initiativ*

En virksomhedsoverdragelse må planlægges nøje, såvel i henseende til valg af aftalepart, som i planlægningen af økonomi og finansiering. Se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.4. Med en grov inddeling kan man udskille to forhandlingssituationer.

*Indehavers
initiativ*

Den ene forhandlingssituation igangsættes på indehaverens initiativ, ved at virksomheden sættes til salg. Med bistand af en virksomhedsmægler eller *investment banker* vil indehaveren søge at identificere en køber. Ofte vil indehaveren på forhånd kende de potentielle køberemner, der ofte vil være konkurrerende virksomheder i samme branche. Men med dygtigt analysearbejde kan den rigtige køber findes et helt andet sted og måske først vise sig interesseret, når virksomheden gennem interne ændringer mv. er gjort salgsmoden. Det kan også være, at virksomheden

har større salgsværdi, hvis den overdrages i dele, eller efter at være sammenlagt med en anden virksomhed. Se nærmere om virksomhedsmæglere, afsnit 6.4.b.

Heroverfor står den forhandlingssituation, der igangsættes på *køberens initiativ*. Køberen ser måske en særlig mulighed for synergi ved at overtage indehaverens virksomhed eller ved at kunne udtage særlige aktiver fra den (f.eks. ved frasalg af en byggegrund eller et patent), såkaldt *asset stripping*. Eller han hører om, at en anden køber har budt på virksomheden, hvorved han med sit køb vil søge at forhindre, at den anden byder løber af med den. Motiverne til et køb kan således være vidt forskellige.

Som nævnt medvirker der altid rådgivere i virksomhedsoverdragelser. Bortset fra advokat, revisor og pengeinstitut vil der ofte medvirke strategiske rådgivere, herunder virksomhedsmæglere og *investment bankers*. Rådgivningen præsteres med fokus på forskellige aspekter af transaktionen, f.eks. finansiering, skatteforhold, patentforhold, miljøforhold etc.

Undertiden vælger sælger at gennemføre en salgsproces, hvorved et antal potentielle købere af virksomheden får mulighed for at afgive tilbud på et ensartet grundlag, se nærmere herom *Jan Schans Christensen* (1998), s. 27 ff. og *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), s. 117 ff. med forslag til formulering af sådanne auktionsregler, s. 135 ff., og *Magnus Forssman: Företagsöverlåtelser* (2011), kap. 1-8. Ofte vil processen blive gennemført således, at de udvalgte købere efter at have afgivet *letters of intent* med behørlige hemmeligholdelsesforpligtelser først afgiver et antal *indikative* bud og herefter – efter gennemført *due diligence* – mere *konkretiserede tilbud*, som der i givet fald optages forhandling om. Processen er tidkrævende og vil ofte indebære, at en større kreds af potentielle købere får kendskab til planerne om at sælge virksomheden med heraf følgende risiko for kompromittering af erhvervshemmeligheder. På den anden side rummer den oplagte muligheder for at optimere pris og handelsvilkår.

På grund af de mange undersøgelseshandlinger, der skal foretages, aftalerrelationer med tredjeparter, der skal indgås eller overføres, samt myndighedsrelationer, der skal afklares, tilrettelægges virksomhedsoverdragelser typisk i faser. I den første fase føres *indledende forhandlinger*, der i givet fald resulterer i de førnævnte *indikative* bud. I samråd med sin rådgiver vil indehaveren vurdere

Købers initiativ

Rådgivning

Auktion

*Forhandlings-
faserne*

det enkelte bud og afgiverens seriøsitet. De budgivere, som han ønsker at forhandle med, vil herefter afgive løfter om hemmelighedelse, hvorefter de vil få mulighed for at få indblik i virksomhedens fortrolige dokumenter i det såkaldte *datarum*, som den sælgende virksomhed i samarbejde med sine rådgivere har etableret med henblik på, at køberen kan gennemføre en *due diligence*-undersøgelse, se herom under 2.8.d. Undersøgelsen vil typisk resultere i et antal *spørgsmål*, som sælgeren herefter besvarer. Svaret på disse spørgsmål kan efterfølgende (afhængigt af aftalegrundlaget) have konsekvenser for en efterfølgende misligholdelsesvurdering. Se hertil *Tobias Bonde Frost* i ET 2015, s. 123 ff. Er der stadig interesserede købere tilbage, vil den eller de afgive *forpligtende* bud, som sælgeren herefter kan forholde sig til. Parallelt hermed vil parterne drøfte vilkårene for overdragelsen.

Enes man om disse vilkår, er tiden inde til at nedfælde en salgsaftale. Den vil være betinget af, at en række forhold (herunder ikke mindst vedrørende finansieringen) bringes til rette. Når disse forhold er afklaret, mødes parterne på ny til en såkaldt *closing*, jf. herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 4.3.c. Her konstateres det, om samtlige betingelser for aftalen er opfyldte. Samtidig udveksles de yderligere dokumenter, der skal understøtte køberens adkomst, herunder selskabets aktiebog, forhandlingsprotokol, revisionsprotokol og statusbog.

2.8.d. Due diligence

Begreb

Værdien af en virksomhed beror på en række forhold, som har karakter af erhvervshemmeligheder, f.eks. relationer til kunder og leverandører, know-how og teknologi, særlige samarbejdsaftaler, medarbejderrelationer og meget andet. Når værdien af virksomheden beror på sådanne fortrolige forhold, må køber få indblik i dem. Derudover må køberen sikres mulighed for at se sig for, så forhold i virksomheden, som køberen af en eller anden grund anser for problematiske, kan blive bragt for dagen. Sådanne undersøgelser betegnes som *due diligence*-undersøgelser. Begrebet betyder egentlig "pligtmæssig omhu" og refererer i sit oprindelige sproglige udspring til den omhu, en køber må vise for at sætte sig ind i, om den ydelse, han erhverver, besidder de kvaliteter, han forventer, jf. princippet om *caveat emptor*.

Muligheden for at gennemføre en *due diligence*-undersøgelse

beror på, hvilke oplysninger sælgeren tillader adgang til, og hvilken videregivelse af fortrolige oplysninger mv., lovgivningen tillader. Visse oplysninger involverer forhold til tredjeparter eller offentlige myndigheder, som sælgeren ikke *kan* give en potentiel køber indblik i. Andre oplysninger *vil* sælgeren ikke give køberen indblik i, f.eks. fordi det jo kan være, at den potentielle køber (og nuværende konkurrent) viser sig slet ikke at ville købe virksomheden, når det kommer til stykket.

Derfor er det op til parterne (og navnlig sælgeren) at beslutte, hvilken undersøgelse der kan gennemføres. Undertiden fravælger køber at gennemføre *due diligence*, idet han i stedet forlanger garantier fra sælgeren, se f.eks. *U 2004.1784 H*, hvor sælger til gengæld blev erstatningsansvarlig for bl.a. ikke at have orienteret køberen om, at virksomhedens væsentligste kunde var ophørt med at afgive ordrer til virksomheden. Den eneste lovmæssighed for denne forhandling er markedsmekanismerne: Den sælger, der slet ingen undersøgelse vil tillade, vil typisk modtage et ringere bud fra færre købere end den, der viser større åbenhed. En køber, der på den anden side afviser at medvirke til en *due diligence*-undersøgelse, vil efter omstændighederne miste sin adgang til at fremsætte mangelskrav efter reglerne om *caveat emptor*, sml. købelovens § 47. Se hertil *Jørgen Lillelund Olsen* i *Revision og Regnskabsvæsen* 2006, nr. 11, s. 40 ff.

Som nævnt vil køberen, inden han får adgang til datarummet, have lovet at hemmeligholde alle de forhold, han bliver bekendt med ved undersøgelsen. Konciperingen af sådanne forudgående hemmeligholdelsesaftaler omtales i afsnit 7.2. Ofte afgives disse løfter som forpligtende elementer i et *letter of intent*, der på dette punkt tillægges løftevirkning, se hertil *Jan Schans Christensen* (1998), s. 32 ff. Fører undersøgelsen til aftaleindgåelse, vil man i den efterfølgende aftale typisk vedtage, at de forhold, der er fremkommet som led i *due diligence*-undersøgelsen, skal anses for oplyst (*disclosed*) af sælgeren.

En *due diligence*-undersøgelse vil ofte berøre personoplysninger, der f.eks. knyttes til virksomhedens medarbejdere. Køberen vil ikke alene være interesseret i medarbejdernes kvalifikationer, men efter omstændighederne også i forhold af mere følsom art – i hvert fald for så vidt angår nøglepersoner i virksomheden. Således som § 7, stk. 1, i persondataloven definerer de såkaldt *følsomme* person-

Aftalegrundlaget

Persondata

oplysninger omfatter dette begreb f.eks. oplysninger om fagforhold og om helbredsmæssige forhold, der typisk vil fremgå af en personalesag. Her er udgangspunktet, at medarbejderen skal give samtykke til videregivelse af sådanne oplysninger.

Spørgsmålet er behandlet i en principiel udtalelse af 11. juni 2001 fra Datatilsynet. Det hedder heri, at udlevering af personoplysninger fra sælger til den mulige købers rådgivere skal behandles som "behandling" af personoplysninger i lovens forstand og dermed som omfattet af lovens almindelige hjemmelskrav. Er der tale om almindelige (ikke-følsomme) oplysninger, vil en udlevering ifølge tilsynets opfattelse være hjemlet i den almindelige interesseafvejningsregel i lovens § 6, stk. 1, nr. 7, hvorefter der er hjemmel til at udføre en behandling, der er nødvendig for, at den dataansvarlige eller den tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en berettiget interesse og hensynet til den registrerede ikke overstiger denne interesse. Videregivelse af følsomme oplysninger skal i givet fald i videst muligt omfang anonymiseres. Videregivelsen kræver som udgangspunkt samtykke. Tilsynet udelukker dog ikke – uden dog at præcisere hvilke tilfælde der tales om – at der i visse tilfælde vil kunne ske udlevering uden samtykke. Et samtykke kan i øvrigt være vanskeligt at indhente på tidspunktet for foretagelsen af *due diligence*-undersøgelsen, eftersom anmodningen herom ofte vil kunne kompromittere den (ofte stærkt fortrolige) oplysning, at virksomheden er sat til salg. Derfor kan det være hensigtsmæssigt på forhånd at optage sådanne samtykker i ansættelsesaftalen.

*Efterfølgende
due diligence*

En *due diligence*-undersøgelse kan også gennemføres *efter* aftaleindgåelsen, men før aftalen er blevet *endelig*. Formålet med en sådan *confirmatory due diligence* vil enten være at tage stilling til, om der er grundlag for at gøre aftalen endelig, eller at afklare, om de garantier, sælger har afgivet om virksomheden, er retvisende. Er de ikke det, bør aftalen give køberen adgang til særlige retsmidler, herunder krav om genforhandling.

Alt efter hvilke temaer undersøgelsen retter sig imod, skelner man mellem forskellige typer af *due diligences*, f.eks. retlig, teknisk eller finansiel.

– *juridisk*

En juridisk *due diligence* vil navnlig interessere sig for:

- *Generelle forhold*, herunder forretningsområder og produkter, ejerforhold, ledelsesforhold, fysisk placering, produktionsudstyr og it.

- *Selskabsretlige forhold*, herunder stiftelsesdokumentet, ejeraftaler samt de retlige relationer til datterselskaber og associerede virksomheder.
- *Regnskabsmæssige og finansielle forhold*, herunder karakteren af udestående tilgodehavender, låneforhold, indestående hæftelser mv.
- *Konkurrenceretlige forhold*, herunder vurdering af, om de indgåede aftaler indebærer risiko for konkurrenceretlige sanktioner (ugyldighed, forbud, bøde, erstatning mv.). I samme forbindelse vil man se på de konkurrenceklausuler, der måtte være indeholdt i aftaler med medarbejdere.
- *Løbende aftaleforhold*, herunder kundekontakter, aftaler om igangværende arbejder, agenturaftaler mv. I den del af undersøgelsen, der retter sig mod forholdet til kunderne, vil fokus navnlig være på afgivne garantier mv. En anden del vil rette sig mod forholdet til leverandører og rådgivere mv. Her vil man bl.a. se på indholdet af vedligeholdelsesaftaler vedrørende produktionsudstyr og lejemål.
- *Ansættelsesforhold*, herunder indholdet af eksisterende individuelle ansættelsesaftaler og kollektive overenskomster, pensionsforhold og særlige aflønningsordninger (*optioner, warrants* etc.).
- *Immaterielretlige forhold*, herunder gyldigheden af registrerede enerettigheder (patenter, varemærker mv.), indholdet af aftaler, der hjemler overgang af immaterialrettigheder eller hertil hørende licenser.
- *Miljøforhold*, herunder gyldigheden af nødvendige tilladelser til miljøbelastende aktiviteter, planretlige forhold mv.
- *Verserende retssager* samt andre uafklarede retlige mellemværende mellem myndigheder, konkurrenter, medarbejdere, samarbejdspartnere mv.

Som nævnt vil overdrageren og dennes rådgivere have samlet dokumentationen vedrørende disse oplysninger (aftaledokumenter, tilladelser, korrespondance etc.) i et såkaldt datarum, hvor erhververen efter at have afgivet fortrolighedsløfte kan stifte bekendtskab til dem. Datarummet vil enten befinde sig på det advokatkontor eller hos den *investment banker*, som rådgiver den sælgende virksomhed, eller også vil det være *virtuelt*, dvs. tilgængeligt fra et netsted, hvortil køberen får adgang via udleverede passwords,

Datarummet

jf. hertil *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), s. 129 ff., og *Kåre Stolt & Henrik Kany* i R&R nr. 3, 2005, s. 52 ff. Hver potentiel køber og dennes rådgivere tilmåles nogle tidsrum (f.eks. bestemte datoer), hvor de kan stifte bekendtskab med materialet. Er datarummet fysisk, vil det være overvåget af repræsentanter for sælgeren. Der vil ligeledes være fastsat forskrifter for, hvorledes materialet må benyttes, herunder om ret til at gøre brug af diktafon mv. I elektroniske datarum vil sælgerens repræsentant løbende kunne overvåge, hvem der læser hvilke dokumenter, hvornår og hvor længe.

Due diligence-rapporten

Ofte udarbejder rådgiveren for den køvende virksomhed en såkaldt *due diligence*-rapport, der dokumenterer resultatet af de udførte undersøgelser. Rapporten indebærer, at køberen hermed har “undersøgt salgsgenstanden”, sml. caveat emptor-reglen i KBL § 47. Det vil dog typisk være et tema til forhandling, hvilken virkning denne undersøgelse skal have, hvis der viser sig “lig i lasten”.

Der findes efterhånden en ganske righoldig litteratur, der giver vejledning om, hvilke elementer der bør indgå i en *due diligence*-undersøgelse. Se hertil *Jan Schans Christensen* (1998), s. 41 ff. og *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), s. 129 ff. og 247 ff. Mange advokatkontorer har manualer, hvor de enkelte skridt er beskrevet, og som indgår i aftalen med klienten (som jo skal betale for det ganske betydelige arbejde). Som eksempler på sådanne beskrivelser kan henvises til *Gorton* (red.) (2002), s. 107 ff., *Lego Andersen* (2002), s. 43 ff. og 53 ff. Spørgsmålet om hensigtsmæssigheden (eller nødvendigheden) af de ofte meget kostbare *due diligence*-procedurer har været rejst ved forskellige lejligheder. I en artikel i temanummeret herom i Revision og Regnskabsvæsen, maj 1995 (s. 14 ff.) stiller *Carsten Tvede-Møller* spørgsmålet, om parterne reelt får noget for de betydelige omkostninger, de lægger i gennemførelse af *due diligence*-undersøgelser. *Tvede-Møller* peger med rette på, at der sagtens kan gemme sig kritiske oplysninger i det mangfoldige datamateriale, der stilles til rådighed i datarummet. Med henvisning til dommen i *U 1994.698 H*, der nægtede køberen adgang til at rejse indsigelser mod forhold ved den købte virksomhed, som havde kunnet ses i sælgers dokumentationsmateriale, anbefaler *Tvede-Møller*, at udvekslingen af oplysninger mellem køber og sælger i stedet bør ske i en gensidig proces. Spørgsmålet blev drøftet indgående under det nordiske juristmøde i Oslo, august 1999, se NJM 1999 I, s. 149 ff.

2.8.e. Aktivoverdragelse

Kendetegn

Hvor en aktieoverdragelse typisk omfatter hele virksomheden, kan en aktivoverdragelse være begrænset til et antal af dens aktiver. At overdrage en virksomhed gennem en aktieoverdragelse giver bedst mening, hvis overdragelsen ikke *kun* omfatter de enkelte aktiver, men den helhed, de *udgør* i virksomheden. I værdiansættelsen kommer forskellen mellem dele og helhed til udtryk ved, at køber betaler for en *goodwill*, og ved de garantier for virksomhedens omsætning mv., som sælgeren afgiver, f.eks. i forbindelse med delbetaling via *earn out*. Derfor er de økonomiske analyser, køberen skal udføre forud for sit bud, identiske, uanset om der er tale om en aktiv- eller aktieoverdragelse. Også forhandlingsfaserne og *due diligence*-processen vil være den samme.

Uanset hvilke helheder og dele aftalen omfatter, bør den konciperes på samme måde, som hvis der var tale om en overdragelse af hvert aktiv for sig. Erhververen bør f.eks. indtræde i de garantier vedrørende driftsmidler og andet løsøre, som den oprindelige leverandør eller sælger har afgivet til virksomhedssælgeren. Kostbare driftsmidler er ofte genstand for særlige rettigheder (f.eks. en leasinggivers ejendomsret eller en panthavers pant). Sælgeren vil typisk erklære sig om sådanne rettigheders beståen, så der kan tages stilling til, om effekterne skal gøres gældfri, eller om køberen (som led i sin vederlæggelse) skal indtræde i forpligtelserne over for rettighedshaveren. Herudover spiller forholdet til offentlige myndigheder ind: Kræver virksomhedens drift godkendelser i medfør af skatte- og afgiftsregler, miljøregler eller særlige autorisationsordninger, må aftalen afklare, hvorledes erhververen kan indtræde i disse godkendelser eller sikre sig, at de også udstedes til ham. Har denne indtræden afgørende betydning for transaktionen, bør hele transaktionen gøres betinget heraf, jf. *Praktisk aftaleret*, afsnit 4.2. Ligeledes må det afklares, om overdragerens hæftelse for offentligretlige krav også påhviler erhververen. I speciallovgivningen er der undertiden hjemmel til en sådan succession, jf. til illustration *U 2016.585 V* om § 45, stk. 12, i fødevarerloven (hæftelse for kontrolafgifter).

I det følgende skal vi se nærmere på retsforholdene vedrørende enkelte af de aktiver, der kan overgå som led i en virksomheds-overdragelse

*Løbende
aftaleforhold*

Enhver virksomhed vil indgå i et stort antal aftaleforhold, f.eks. vedrørende løbende leverancer, lejemål, leasingaftaler, telefoni- og teletjenester, domænenavne, rådgivning og revision, rengøring, organisationsmedlemskab, forsikring, service- og vedligeholdelse, vagtordning og meget mere. Er sådanne aftaler indgået med aftaleparter og leverandører, der udbyder deres tjenester på et almindeligt marked, er det uproblematisk at lade erhververen indtræde i stedet for overdrageren, hvis dette ønskes. Erhververen kan da indgå sin egen aftale med leverandøren. Ofte vil erhververen dog ønske at tilknytte sine egne leverandører, enten pga. et personligt tillidsforhold eller fordi erhververen kan opnå særlige rabatter mv.

Derimod kan der opstå problemer i et fastere, ofte personligt præget, samarbejdsforhold. Her vil parterne typisk have særlige forventninger om, hvem modparten er. Derfor vil en debitor (leverandør) ikke uden videre være interesseret i at anerkende hvem som helst som ny aftalepart. Udgangspunktet er, at et sådant debitorskifte kræver samtykke, jf. *U 1973.920 H*, hvor en fast leverandør af kager til eksport ikke kunne lade erhververen af sin virksomhed indtræde i leveranceaftalen.

Forsikringer

Aftalen bør sikre, at der ikke opstår en periode, hvor virksomhedens aktiver eller ansvar er uforsikrede. Dette kan ske ved en regel om, at visse forsikringer holdes i kraft i mindst en måned efter købers overtagelse af virksomheden, således at der gives køber rimelig tid til at gennemgå forsikringerne og træffe beslutning om overtagelse eller opsigelse.

*Mundtlige
aftaler mv.*

Mange, selv væsentlige, løfter og aftaler foreligger ikke på skrift. Det gælder f.eks. stående, men uforpligtende, tilsagn om rabat eller kredit eller løfter om leverancer. Den slags aftaler vil ofte udspringe af personlige bånd mellem tredjeparten og virksomhedsindehaveren. Derfor kan de volde problemer ved en virksomhedsoverdragelse. Parterne bør håndtere den slags relationer som, hvad de er: *Muligheder* for at indgå gunstige aftaler, som overdrageren har haft, men som overdrageren ikke kan love, at erhververen også vil få. Forholdet bør reguleres ved *erklæringer* afgivet af overdrageren om hver enkelt relation. Har relationen væsentlig betydning for erhververen, kan erklæringen eventuelt bilægges dokumentation for den tidligere praksis, f.eks. i form af en korrespondance mellem overdrageren og den pågældende tredjepart.

Lejemål

Drives forretningen fra lejede lokaler, kan aftalen kun gen-

nemføres, hvis den nye ejer kan indtræde i lejemålet. En sådan indtrædelse kan have hjemmel i en *afståelsesret*, jf. erhvervsleje-lovens § 55, der giver erhvervslejeret ret til at lade en anden lejer “inden for samme branche” fortsætte lejemålet på uændrede lejevilkår. Begge bestemmelser hjemler denne afståelsesret, medmindre udlejeret har vægtige grunde til at modsætte sig indtrædelsen, f.eks. den indtrædende lejers svage økonomi eller ringe branchekundskab. Se hertil *Jesper Bøge Pedersen* i TBB 2016, s. 247 ff.

Afståelsesretten kan også være resultatet af en *forhandling* med udlejeret, der sker som led i overdragelsen. Det sidstnævnte bør være hovedreglen. Ejeren af en virksomhed, hvis drift forudsættes videreført fra lejede lokaler, står langt stærkere i forhandlingen med udlejeret, før virksomheden er handlet, end efter. Det aftales ofte, at lejeret har ret til at afstå lejemålet til en af udlejeret godkendt tredjepart, evt. med en tilføjelse om, at udlejeret ikke skal kunne fremsætte “begrundede indsigelser” imod den pågældende. Hermed påtager udlejeret sig en begrænsning i den frihed, han ellers har til at vælge aftaleparter. En afståelsesret kan være nødvendig for at sikre værdien af den goodwill, lejeret har oparbejdet for lejemålet. Se f.eks. *U 1947.214 Ø*, *U 1971.904 V* og *U 1993.524 Ø*.

En række af de spørgsmål, der har at gøre med medarbejderens status efter en aktivoverdragelse, er løst ved lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, jf. lovbekendtgørelse nr. 710 af 20. august 2002. Loven er gennemført på grundlag af et EU-direktiv, der har til formål at lette strukturtilpasningen i EU. Overdrages en virksomhed eller en del heraf, følger det af lovens § 2, stk. 1, at erhververen umiddelbart indtræder i de rettigheder og forpligtelser, der bestod på overdragelsestidspunktet i henhold til kollektiv overenskomst og aftale, bestemmelser om løn- og arbejdsforhold, der er fastsat eller godkendt af offentlig myndighed, og individuel aftale om løn- og arbejdsforhold. Lovens tankegang er altså den enkle, at der ved virksomhedsoverdragelse ikke sker nogen ændring af lønmodtagerens ansættelsesforhold. Den erhvervende virksomhed overtager, hvor den overdragende virksomhed slap.

Loven opstiller i øvrigt en række pligter, der skal opfyldes, inden en virksomhedsoverdragelse sættes i værk. Bl.a. skal over-

Medarbejdere

drageren i rimelig tid inden overdragelsen underrette lønmodtagernes repræsentanter eller – såfremt sådanne ikke er valgt eller udpeget – de berørte lønmodtagere om årsagen til overdragelsen, de juridiske, økonomiske og sociale følger for lønmodtagerne samt om eventuelle foranstaltninger for lønmodtagerne. Disse – og andre af lovens pligter – er belagt med straf.

Undertiden kan det give anledning til tvivl, hvad der med rette kan karakteriseres som virksomhedsoverdragelse. Lovens begreb går videre end normal, kommerciel sprogbrug, idet også overførelse af offentligretlige virksomheder og virksomheder med humanitære formål mv. omfattes. Fordi loven også anser overdragelse af “en del af” virksomheden som en overdragelse, gælder den også, når en afdeling af en virksomhed (f.eks. it- eller marketingafdelingen) udskilles. Om dette også skal gælde, hvor afdelingen kun består af én enkelt person, er mere usikkert. I praksis har loven fået et vidtgående anvendelsesområde, se f.eks. *U 2008.2416 H*, hvor der forelå en virksomhedsoverdragelse i relation til en opsagt klinikassistent, der senere blev ansat af erhververen, selvom overdragelsesaftalen ikke omfattede medarbejdere, og *U 2015.2670 V*, der anså udskillelsen af et sprogcenter efter et offentligt udbud som en virksomhedsoverdragelse. Dansk retspraksis og praksis fra EU-domstolen behandles af *Mette Søsted* i *U 2016B*, s. 52 ff., og af *Werlauff & Schaumburg-Müller*: *Udlicitering og medarbejdere*, 5. udg. (2011). Virksomhedsoverdragelsesloven gælder ikke for direktører, jf. *U 1993.11 H*, men som denne dom viser, kan forudsætningssynspunkter føre til, at den nye erhverver må respektere direktørens aftale med den tidligere

Virksomhedsoverdragelsesloven tager ikke stilling til, om et ejerskifte indebærer en misligholdelse af de særlige pligter, overdrageren har over for medarbejderen. Efter de regler, der kan udledes af retspraksis – se f.eks. *U 1983.939 V* – beror det på medarbejderens forudsætninger for ansættelsesforholdet, om arbejdsgiveren er underlagt sådanne pligter. Har medarbejderen haft en særlig personlig tilknytning til virksomhedens indehaver (f.eks. den faste assistent for en tandlæge), er der praksis for, at virksomhedsoverdragelsen kan anses som en opsigelse, se herved *U 1983.685 H*. Sådanne tilfælde vil formentlig sjældnere foreligge i relation til medarbejdere, der primært “samarbejder” med et fysisk produktionsapparat. Spørgsmålene om parternes stilling ved ejerændringer er omtalt i *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.1.d.

Virksomhedskøberen vil typisk ønske at overtage det *kundekartotek*, som overdrageren har betjent sig af. Anskuet som *formuegode* må et kundekartotek karakteriseres som en del af virksomhedens erhvervshemmeligheder, jf. MFL § 19, stk. 2. Hvis kundekartoteket indeholder visse følsomme oplysninger, kan en overdragelse af det kollidere med reglerne i lov om behandling af personoplysninger, der – uden for særlige tilfælde – som udgangspunkt kræver hjemmel i form af samtykke eller lovhjemmel, se hertil bemærkningerne s. 101 f. Ikke-følsomme oplysninger kan dog almindeligvis videregives som led i en virksomhedsoverdragelse i medfør af den almindelige interesseafvejningsregel i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7.

Kundekartoteker

Som juridisk begreb betegner “goodwill” værdien af virksomhedens kunderelationer. Der er altså ikke tale om noget enkeltstående aktiv, men snarere om en værdipostering. Denne værdi opgøres til forskellige formål (f.eks. skattemæssige eller i en prisdannelse) efter forskellige beregninger, f.eks. som et gennemsnit af overskuddet i en nærmere angiven periode. Begrebet goodwill har ikke fundet nogen klar placering i det formueretlige system, se dog diskussionen om pant i goodwill forud for Højesterets afgørelser om dette spørgsmål i *U 1993.392 HKK* og *U 1993.857 HKK*, navnlig med bemærkningerne hos *Werlauff* i *J 1994.26 ff.* Med *U 1995.500 H* er det antaget, at der kan gøres udlæg i goodwill med henblik på senere opgørelse ved konkursbehandling eller ved bortauktionering ved alternativt bud. Her kan man opgøre goodwillværdien som forskellen mellem værdien ved salg som *going concern* henholdsvis ved realisation af bygninger og driftsinventar til *scrapværdi*. En indgående oversigt over goodwillbeskyttelsen i svensk ret foreligger med *Per Jonas Nordell: Marknadsrättens goodwillsskydd* (Stockholm, 2003).

Goodwill

Den del af købesummen, der ligger betydeligt over de bogførte værdier, vil ofte blive betegnet som goodwill. Fordi goodwill dermed repræsenterer værdien af hele transaktionen, giver dette aktiv som regel anledning til den mest intense forhandling ved aftaleindgåelsen: Hvordan skal goodwill værdiansættes, og hvorledes sikrer erhververen, at han får, hvad han betaler for? Se nærmere hertil *Egholm Hansen & Lundgren* (2014), s. 187 ff., og 109 ff.

Værdiansættelsen

Det sidstnævnte forhold kan bero på mangfoldige faktorer af

økonomisk, forretningsmæssig og psykologisk art. Blandt andet kan varesortimentet, forretningslokalernes placering og indretning, et let genkendeligt telefonnummer (f.eks. "4 x 35"), slagkraftige eller indarbejdede varemærker, tilstedeværelsen af et sympatisk og dygtigt personale, samt forretningsforbindelser spille en rolle. Værdien beror på sandsynligheden af, at der gennem disse relationer tilflyder virksomheden profitable forretningsmuligheder. Ligger den centrale værdi i virksomhedens personale, står og falder den med muligheden for at videreføre dette. Er disse forudsætninger kritiske for transaktionen, bør aftalen indeholde vilkår om, hvad der sker, hvis de ikke indfries (f.eks. i form af en særlig opsigelsesadgang eller en prisjustering ved *earn out*).

Badwill

Det værdimæssige modstykke til en goodwill er "*badwill*", dvs. en frastødning fra virksomhedens sortiment. *Badwill* kan udspringe af negativ omtale (berettiget eller uberettiget), eller af en belastende relation mellem kunde og leverandør (f.eks. forvoldt ved tidligere misligholdelser eller tillidsbrud). Transaktionens parter kan sikre sig mod *badwill* ved at påtage sig pligter med hensyn til deres adfærd over for omverdenen, se f.eks. afsnit 7.6.c. om distributørens forpligtelser, herunder til at varetage sin funktion som "ambassadør" for produktet, og afsnit 8.1. om franchisetagers tilsvarende pligter.

Immaterialrettigheder

Immaterialrettigheder i form af patenter, varemærker, ophavsrettigheder, rettigheder til domænenavne og licenser knyttet hertil, spiller en rolle for alle virksomheder. For nogle virksomheder er sådanne rettigheder (f.eks. det patent, der giver virksomheden eneret til sit produkt og dermed tildeler den en slags monopoliststatus) afgørende for virksomhedens drift. Andre immaterialrettigheder er blot accessoriske til virksomheden, men repræsenterer også herved en værdi. Derfor bør virksomhedens egne immaterialrettigheder og dens licenser til at benytte tredjeparters immaterialrettigheder følge med ved overdragelsen. Lovgivningen herom gennemgås i afsnit 7.3., hvortil henvises. I mangel af udtrykkelig aftale herom vil man ofte nå til, at en sådan rettighedsovergang er omfattet af aftalen, sml. herved *U 2014.2272 Ø*, hvor en fotografers ret til de fotos, han havde optaget for en ejendomsrådgivervirksomhed, ikke afskar en videreoverdragelse af retten til fotografierne som led i en virksomhedsoverdragelse.

Hvor en *immaterialret som sådan* (f.eks. en patenteret opfindelse, et varemærke til et produktnavn eller ophavsretten til et edb-program) som udgangspunkt behandles som tinglige rettigheder og derfor frit kan videreoverdrages (se hertil bemærkningerne s. 431 f.), må den *licens*, der giver virksomheden ret til at benytte en tredjeparts immaterialret, som udgangspunkt behandles som andre gensidigt bebyrdende aftaler. Skal virksomhedskøberen indtræde i disse rettigheder, kræves medkontrahentens samtykke. Se nærmere hertil *Birgit Liin & Christian Bülow* i U 2012B, s. 300 ff.

Enkelte immaterialretlige lovregler fraviger disse udgangspunkter. Ifølge *ophavsretslovens* § 56, stk. 2, giver overdragelse af en ophavsret ikke erhververen ret til at videreoverdrage ophavsretten, “medmindre videreoverdragelsen er sædvanlig eller åbenbart forudsat.” Se som eksempel på bestemmelsens anvendelse *U 2014.2272 Ø*, hvor retten til at benytte de fotos, som en fotograf havde foretaget for en ejendomsmæglervirksomhed, kunne overdrages som led i en virksomhedsoverdragelse. Bestemmelsen giver ikke hjemmel til debitorskifte. Er det aftalt, at ophavsretsindehaveren skal vederlægges løbende for erhververens benyttelse af ophavsretten, vedbliver denne at være ansvarlig i henhold til det aftalte, jf. udtrykkeligt bestemmelsens sidste pkt. Licenser til edb-programmel, der knytter sig til den til enhver tid værende ejer af et programeksemplar, kan ifølge *ophavsretslovens* § 36, stk. 1, uden videre overføres, men hvis licensen aftaleretligt er begrænset til en specifik licenstag, gælder § 56, stk. 2, hvorved samtykke kræves. Ifølge *patentlovens* § 43, stk. 1, kan patentlicenser ikke videreoverdrages. Derimod kan selve patentet frit videreoverdrages. *Varemærkelovens* § 38, stk. 2, rummer en særlig forordningsregel om overførelse af varemærkerettigheder ved virksomhedsoverdragelser. Retten til virksomhedens varemærker går over til erhververen, medmindre andet er eller må anses for aftalt. Bestemmelsen gælder også for uregistrerede varemærker, jf. *U 1981.408 H* og *U 1982.1019 H* og tilsvarende for domænenavne, jf. afgørelse af 3. april 2003 fra Klagenævnet for Domænenavne vedrørende domænet keune.dk. Afgørelsen er tilgængelig fra klagenævnets hjemmeside, <www.domaeneklager.dk>.

Overdragelse af virksomhedens *produktionsmidler* og andet teknisk udstyr indebærer samme behov for regulering, som når produktionsmidler sælges fra producent/forhandler til bruger. Er der aftalt en vedligeholdelsesordning, må det afklares, hvorvidt – og hvordan – erhververen kan indtræde i dette aftaleforhold. Da

*Produktions-
midler*

udstyr ofte skiftes ud, bør det anføres med type, mærke, fremstillingsår og evt. registreringsnummer. Kan der opstå tvivl om dets fysiske placering i virksomheden, bør denne angives. Aktuelle eller latente krav mod den oprindelige udstyrsleverandør (f.eks. baseret på mangelsindsigelser) bør overdrageren give erhververen *transport* i. En sådan transport bør noteres over for udstyrsleverandøren, dels fordi dette indebærer en denunciation, jf. GBL § 31, dels for at informere leverandøren om, at han har fået en ny kunde. Overdragerens oprindelige aftaleforhold til udstyrsleverandøren bør herefter bilægges aftalen.

Varelagre

En virksomhed vil typisk råde over et lager af råvarer, færdigvarer og halvfabrikata (dvs. råvarer, der ikke er færdigbearbejdede). Ofte kendes varelagerets størrelse og kvalitet ikke præcist på aftaletidspunktet, hvor man typisk kun kender de tal, der kan hentes via virksomhedens økonomisystem. Derfor aftales det almindeligvis, at parterne opgør varelageret pr. overtagelsesdagen, hvor det også værdiansættes efter nærmere aftalte principper. Værdiansættelse og -opgørelse sker herefter ved, at parterne foretager en varelageroptælling.

*Varelager-
optælling*

Varelageroptællingen forstås som regel af repræsentanter fra aftaleparterne. De konstaterer i fællesskab, at varelageret er til stede, og skønner over dets værdi. I den forbindelse foretager de en såkaldt *kuransvurdering*, der tager stilling til, hvilke dele af varelageret der kan sælges (“er kurante”). Kuransvurderingen sker typisk ud fra markedskriterier, dvs. efter hvad varerne kan sælges til. Her er de officielle prislister ikke afgørende. Ofte vil man uden videre være enige om kuransvurderingen (som f.eks. når sidste salgsdag er udløbet for fødevarer i en købmandsbutik). Er der på forhånd risiko for tvivl om kuranskriterierne, bør den enten afklares i aftalen, eller også bør der vedtages en mekanisme til hurtig og effektiv *konfliktløsning*.

*Optællings-
datoen*

Datoen for varelageroptællingen vil som regel være overtagelsesdagen, men ikke nødvendigvis. Navnlig hvis varelageroptællingen er særligt tidskrævende, eller hvis udfaldet af optællingen er væsentlig for opgørelsen af købesummen, kan det være hensigtsmæssigt at fremrykke den til et par dage før overtagelsesdagen (hvis det da – f.eks. af regnskabs- eller skattemæssige grunde – ikke er muligt at flytte selve den). Af hensyn til køberens økonomiske planlægning aftaler man ofte, at køberen ikke har

pligt til at overtage et varelager til en pris, der overstiger et fikseret beløb. Sker varelageroptællingen ikke samtidig med overtagelsesdagen, må aftalen tage højde for, hvorledes der reguleres for til- og afgang i den mellemliggende periode.

En virksomhed, der leverer sine produkter på kredit, vil oparbejde en portefølje af udestående tilgodehavender, der først forventes indbetalt ved kredittidens udløb. Hvis ikke virksomheden har benyttet factoringfinansiering, jf. herom i afsnit 3.5., vil en sådan portefølje af kundefordringer normalt også blive overdraget. Retsgrundlaget for overdragelsen er da reglerne om transport af simple fordringer. I relation til værdiansættelsen vil overtagelsen være forbundet med samme problemer som overtagelsen af varelageret. Visse debitorer vil være sikre, andre usikre. Enten kan parterne foretage en nærmere opgørelse over sikre og usikre debitorer i forbindelse med overtagelsesdagen. Eller også kan parterne vælge at efterregulere købesummen, når det efter kredittidens udløb viser sig, hvilke fordringer der er blevet nødlidende. Sådanne fordringer kan da tilbageføres til overdrageren, således at det beløb, erhververen har betalt herfor, betales tilbage.

Ifølge GBL § 31, stk. 1, har overdragelse af et simpelt gælds brev til eje eller pant ikke gyldighed mod overdragerens kreditorer, medmindre skyldneren fra overdrageren eller erhververen har fået underretning om overdragelsen. I aktivoverdragelser med en stor debitorportefølje ville denne regel tvinge virksomheden til at udsende et stort antal denunciationer. Derfor fraviges hovedreglen ved bestemmelsens stk. 3, der finder anvendelse, når en handelsvirksomhed eller en bogføringspligtig erhvervsvirksomhed af anden art overdrages sammen med virksomhedens udestående fordringer.

Som hovedregel indtræder erhververen ved en aktivoverdragelse ikke i de gældsforpligtelser, overdrageren af virksomheden havde påtaget sig. Men denne hovedregel er undergivet væsentlige modifikationer. Foruden de regler, der fremgår af loven om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (se her til s. 107 ff.), vil køberen i praksis blive nødt til at indfri de forpligtelser, som kundekredsen naturligt føler påhviler "virksomheden", fordi det markedsføringsmæssigt vil give *badwill* at lade de overtagne kunder i stikken, f.eks. i medfør af service- og garantiforpligtelser samt forpligtelser vedrørende forskudsvisse ind-

Debitorer

Særlige pligter

betalinger af deposita mv. Aftalen bør tage stilling til, om erhververen forventes at honorere disse krav. I benægtende fald, bør der enten fastsættes et beløb, der kapitaliserer værdien af dem, eller indføres en refusionsmekanisme, hvorefter erhververen kan få godtgjort sine omkostninger herved hos overdrageren.

2.8.f. Aktieoverdragelse

Begreb

Man kan diskutere, om der egentlig foreligger en “virksomhedsoverdragelse”, når A overdrager kapitalandelene i et kapitalsekskab til B. Isoleret set påvirkes selskabets retsforhold jo ikke ved en sådan handel. Udgangspunktet er derfor, at rettigheder og pligter i henhold til de aftaler, der er indgået med selskabet, ikke berøres. Se hertil i det hele bemærkningerne i *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.1.d. om identitetsændringer.

Latente pligter

Den væsentligste risiko ved aktiekøb mv. angår usikkerheden om de pligter, som selskabet måtte have pådraget sig over for offentlige myndigheder, aftaleparter eller kreditorer. For hver uforudset pligt, der måtte dukke op efter overtagelsen, vil virksomheden alt andet lige miste værdi. Derfor må disse forhold aftalereguleres nøje. Typisk vil overdrageren *erklære*, at selskabet ikke har skjulte forpligtelser, at det ikke er involveret i nogen retssag, og at overdrageren ej heller har kendskab til omstændigheder, der vil kunne medføre krav mod selskabet, eller som gør retssager sandsynlige. Særligt kritiske forhold vil overdrageren *indestå* for. Om sådanne “*representations*” og “*warranties*”, se *Praktisk aftaleret*, s. 396 f. Med en indeståelse lover overdrageren at dække modtagerens tab ind, hvis de anførte forhold alligevel foreligger. Derimod udløser en konstaterende erklæring som udgangspunkt kun erstatningspligt, hvis det viser sig, at den er afgivet svigagtigt.

Forsikringsdækning

I nyere aftalepraksis er det blevet almindeligt at tegne særskilte forsikringer (såkaldte *Representations and Warranties Insurance*, RWI) mod følgerne af, at sådanne indeståelser misligholdes. Se hertil *Lars Rosenberg Overby* i ET 2015, s. 133 ff. En RWI kan tegnes af enten køber eller sælger. Hvor køberen kan ønske forsikringsdækning som kompensation for sælgers ansvarsbegrænsning, kan sælgeren ønske kompensation for sin udbetaling i medfør af en indeståelse. Præmien for en sådan forsikring ligger normalt på 2-5 procent af den maksimale forsikringssum.

Blandt virksomhedens relationer til offentlige myndigheder spiller skatte- og afgiftsmyndighederne en central rolle. Derfor erklærer overdrageren typisk, *at* selskabet rettidigt har indgivet alle selvangivelser og rettidigt betalt enhver skyldig skat, *at* der ikke foreligger nogen omstændighed, der vil kunne føre til, at skattekrav rejses over for selskabet, og *at* alle momsangivelser er korrekte og rettidigt indgivet til de behørig myndigheder.

*Myndigheds-
relaterede pligter*

En aftale om aktieoverdragelse bør sikre, at virksomhedens værdier er i behold ved *closing*. Derfor erklærer overdrageren typisk, *at* selskabets virksomhed i tiden frem til overtagelsesdagen vil blive drevet på normal og sædvanlig vis, *at* ingen efter selskabets forhold ekstraordinære omstændigheder i denne periode vil udøve nogen indflydelse på selskabets drift, og *at* sælger ej heller er bekendt med, at der foreligger sådanne omstændigheder, der vil kunne udøve nogen indflydelse på selskabets drift. Ligeledes aftales det, hvilket *udbytte* overdrageren kan udlodde til sig selv inden overtagelsen.

Drift og balance

2.8.g. Forpagtning

En særlig type virksomhedsoverdragelse er forpagtningsaftalen. Den går ud på, at en part, kaldet *bortforpagteren*, giver en anden part, kaldet *forpagteren*, ret og pligt til at *drive* en virksomhed (eller i det mindste et produktionsapparat), som tilhører *bortforpagteren*, i en bestemt eller ubestemt periode mod et periodisk vederlag, der enten fastslås til et *fast* beløb eller som en *variabel* del af den realiserede omsætning eller af det realiserede overskud. Vederlaget for en forpagtning betegnes som *forpagtningsafgiften*. Forpagtning adskiller sig fra *franchising* ved ikke at være ledsaget af en ret til at benytte varemærker mv., og ved at overlade *forpagteren* en mere selvstændig beslutningskompetence. Det er således ikke sædvanligt (men forekommer dog), at *bortforpagteren* forsøger at styre *forpagterens* virksomhed med henblik på at sikre sit *brand* mv.

Kendetegn

En forpagtningsaftale giver *forpagteren* mulighed for at drive virksomheden, som var den hans egen. *Forpagteren* oppebærer selv overskuddet uden at skulle præstere den kapital, der ellers kræves for at anskaffe en virksomhed. For *bortforpagteren* ligger fordelene i, at han slipper for at drive denne virksomhed, samtidigt med at han beholder ejerskabet til dens produktionsapparat.

Forpagtning er udbredt inden for *hotel- og restaurationsvirksomhed*, hvor “produktionsapparatet” er en indrettet fast ejendom, i relation til *landbrugsejendomme* (jorden) og i aftaler om drift af *benzintanke*, hvor bortforpagteren af konkurrencemæssige grunde vil have en interesse i et bevare ejendomsretten til de tekniske anlæg.

Retsgrundlaget

Der findes ingen generel lovgivning om forpagtning, og begrebets mere præcise afgrænsning er bl.a. derfor langt fra klar. På grundlag af AFTL § 36 kan urimelige vilkår i forpagtningsforhold efter omstændighederne bortcensureres. I *U 1988.1042 H* fandtes den klausul om 25-års uopsigelig, som en benzinforpagter havde påtaget sig over for et benzinselskab, f.eks. ugyldig. Forpagteren kunne derimod opsige aftalen med seks måneders varsel.

I visse henseender sidestilles forpagtningsaftaler med virksomhedsoverdragelser. Det gælder f.eks. den overførelse af medarbejderansættelserne, der sker fra bortforpagteren til forpagteren, og som derfor er reguleret af virksomhedsoverdragelsesloven. Se nærmere hertil *Lars Svenning Andersen: Funktionærret*, 4. udg. (2011), s. 527.

Da forpagtningsforhold typisk involverer fast ejendom, kan det tænkes, at den heri tilsagte brugsret til ejendommen bringer forholdet inden for lejelovgivningen med en heraf følgende præceptiv erhvervslejesbeskyttelse. Problematikken illustreres ved *U 1960.863 VLK*, der angik boligrettens kompetence i et sammensat lejeforhold (hattesalg), der med nutidens terminologi vel måtte karakteriseres som franchising. Retten fandt, at boligretten var kompetent. I *U 1970.763 H* fandtes en forpagtningskontrakt om et teater at falde inden for lejelovgivningen. Tilsvarende ville *U 2015.3000V* ikke holde en aftale om landbrugsforpagtning uden for lovens område, idet brugen af bygningerne ansås for at udgøre det væsentligste element i aftalen. At bortforpagteren havde pligt til at præstere en enkelt tjenesteydelse (udbringning af gylle) som led i aftalen, var ikke afgørende.

Om lejelovgivningen gælder, beror på forpagtningsaftalens realiteter, ikke på, hvordan den benævnes. Går transaktionen i det væsentlige ud på at overlade forpagteren brugsret til nogle lokaler, og svares der i hovedsagen vederlag herfor, vil aftalen blive anset for en lejeaftale, jf. f.eks. *U 1977.748 V*, der under hensyn

til, at en “forpagtningsaftale” ingen bestemmelser indeholdt om overladelse af virksomhedens drift, fandt denne aftale omfattet af lejelovens regler.

Selv om man når til, at et forpagtningslignende aftaleforhold er omfattet af lejeloven, ligger det i sagens natur, at denne lovgivning kun vil kunne regulere visse aspekter af retsforholdet, f.eks. lejebetaling og opsigelsesbeskyttelse, men ikke andre. Derimod må det være korrekt at sige, at lejelovgivningen i henseende til netop de elementer af transaktionen, som lejelovgivningen regulerer, anvendes i sin helhed, uanset at lejetransaktionen er en del af en anden transaktion. Kapitel 12 i landbrugsloven (jf. lovbekendtgørelse nr. 26 af 14. januar 2015 med senere ændringer) giver særlige regler om samdrift og forpagtning af landbrugsejendomme. Se i det hele om landbrugsforpagtning *Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning* (1999).

Et væsentligt problem ved tilrettelæggelse af forpagtningsforhold er reguleringen af det dobbelte skyldforhold, der består mellem forpagteren og bortforpagteren henholdsvis mellem bortforpagteren og dennes faste aftaleparter og dermed kreditorer. Parterne må her tage stilling til, om – og i givet fald i hvilket forhold – forpagteren skal opfylde de forpligtelser, der påhviler ejendommen. Ikke blot praktiske hensyn (besværet ved opkrævning), men også økonomiske (afvejningen af, hvem der er nærmest til at bære risikoen for insolvens) taler for at lade forpagteren indgå i et umiddelbart aftaleforhold med disse leverandører. Hermed risikerer bortforpagteren omvendt, at forpagterens misligholdelse pådrager ham tab.

Det dobbelte skyldforhold

Aftaler om forpagtning indgås normalt for længere årrækker. Er det muligt at adskille det forpagtede fra bortforpagterens ejendom, kan en aftale om forpagtning kombineres med en *option* for forpagteren til at erhverve den forpagtede virksomhed.

Varighed

3.1. Fællesproblemer

3.1.a. Kendetegn

*Økonomisk
funktion*

Såvel etablering, produktion og drift af en virksomhed som afsætningen af virksomhedens produkter koster penge og ressourcer. Uanset om virksomheden selv kan præstere den nødvendige betaling (herunder ikke mindst udgifter til løn, indkøb, bistandsydelse mv.), eller den må skaffe midler udefra, står den foran et *finansieringsbehov*.

Finansieringstransaktioner kan antage mangfoldige skikkelser. Virksomhedens måde at løse sine finansieringsbehov beror på, hvilke *risici* ejerkredsen og kreditgiverne er parate til at tage, og inden for hvilken tidshorisont. Dens valg af, hvordan den vil finansiere sin drift, vil ligesom långivers beslutning om at deltage i de nødvendige risici involvere både retlige og driftsøkonomiske overvejelser: Over for udsigten til at få lånet *forrentet* står risikoen for ikke at få det *tilbagebetalt*. Aftalens regulering af sikkerhed, forrentning og tilbagebetalingstakt må derfor indgå i en *driftsøkonomisk* og markeds­mæssig vurdering af, om virksomheden overhovedet vil være lønsom. Dermed kommer væsentlige elementer af beslutningsgrundlaget om at *finansiere* en virksomhed til at korrespondere med de overvejelser, der træffes i forbindelse med virksomhedens *etablering* mv., jf. herom i kapitel 2.

Egenfinansiering

Som anført i afsnit 2.2.b. etableres en virksomhed ved, at ejerkredsen indskyder en vis startkapital i den. Startkapitalen kan f.eks. fremstå som indskud i et interessentskab eller som kapitalandele i et kapital­­selskab. I begge tilfælde taler man om *egenfinansiering*. I virksomhedens regnskab fremtræder det indskudte beløb (korrigeret for efterfølgende gevinst og tab) som *egenkapital*. Hvis virksomheden drives som interessentskab, vil egenkapitalen blive synliggjort i hver enkelt interessents kapital­­konto. Aftaleforholdet mellem de deltagere, der præsterer denne egen-

finansiering, er gennemgået i kapitel 2 (ejerftaler, aftaler om aktietegning, interessentskabsaftaler mv.). Se generelt om egenfinansiering *Henrik Kure: Finansieringsret* (2015), s. 161 ff.

Egenfinansiering kan enten involvere en *lukket* ejerkreds, hvis deltagere typisk vil kende hinanden og forpligte sig indbyrdes ved en ejerftale (se herom 2.5.), eller en *åben* kreds af investorer, der præsterer deres investering i forbindelse med køb af en aktie. I sidstnævnte tilfælde sonderer man mellem *offentlige udbud* (hvor virksomheden henvender sig til offentligheden) og *ikke-offentlige udbud* (såkaldte *private placements*), der retter sig mod en mere snæver kreds af udvalgte investorer.

I modsætning til egenkapitalen, der stilles til rådighed af virksomhedens ejere, stilles virksomhedens *fremmedkapital* til rådighed af parter, som ikke er ejere. Disse kreditgivere kan for det første være finansielle virksomheder (f.eks. pengeinstitutter, leasing- eller factoringselskaber eller realkreditinstitutter). En anden type kreditgiver er virksomhedens leverandører, når der aftales betalingskredit. En tredje type af fremmedfinansiering involverer en mere åben kreds af investorer, f.eks. når virksomheden udbyder obligationer. Også her sonderer man mellem offentlige og ikke-offentlige udbud.

*Fremmed-
finansiering*

Offentlige udbud af finansielle produkter er som udgangspunkt genstand for *prospektpligt*. Virksomheden skal altså udarbejde et salgsmateriale (prospekt) med en række oplysninger, der er relevante for investors beslutning, og som i et eller andet omfang etablerer retsgrundlaget for relationen mellem investor og virksomhed, f.eks. i relation til erstatningsansvaret, jf. herved *U 2013.1107 H*. Udbud må ikke ske, før prospektet er godkendt af Finanstilsynet. Se nærmere herom VPHL §§ 23-24 og §§ 43-44, stk. 1, samt i de tilhørende prospektbekendtgørelser. Disse spørgsmål omtales kort i afsnit 3.2.h. om erhvervsobligationer. Se i øvrigt om prospektreglerne *Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen: Børsretten*, 5. udg. (2014), s. 291 ff.

Prospektpligt

I dette afsnit skal vi navnlig se på de finansieringstransaktioner, der involverer finansielle virksomheder. Udenfor falder den form for fremmedfinansiering, der sker via transaktioner, der behandles andre steder, f.eks. almindelig kreditgivning (se herved *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.3.), og den form for egenfinansiering, der sker i forbindelse med almindelig selskabsetablering (se herved ovenfor

i afsnit 2.3.b.). Der findes også finansieringselementer i talrige andre transaktioner: I aftaler om *konsignation* finansierer leverandøren (konsignanten) konsignatarens varelager ved at levere det til videresalg på kredit med ejendomsforbehold (se hertil afsnit 6.3.g.). Tilsvarende løsninger kendes fra kommission (se hertil afsnit 6.3.f.). Enhver aftale, hvorved leverandøren giver kredit i forbindelse med betalingen, indeholder dermed et element af finansiering. Heller ikke disse transaktioner omtales yderligere i dette kapitel.

Regnskabs-
aflæggelse

Såvel egen- som fremmedfinansiering kommer til udtryk i virksomhedens formueopgørelse (*balance*), hvor virksomhedens aktiver og passiver er talt sammen. For de fleste praktiske formål fremgår disse regler af årsregnskabsloven, navnlig §§ 25-27 (om balancen) og §§ 28-32 (om resultatopgørelsen).

Aktiver

Aktivposterne angiver de formueværdier, virksomheden har skabt eller erhvervet. Udviklingen i aktivopgørelsen hen over regnskabsårene viser, hvordan virksomhedens drift påvirker dens formue. Et overskud, der ikke udloddes, forøger formuen, og et underskud reducerer den. Endelig viser aktivopgørelsen, hvilke muligheder virksomheden har for at stille aktiver til sikkerhed. Sådanne sikkerheder skal oplyses, jf. årsregnskabslovens § 21, stk. 2, nr. 2, og generelt om eventualforpligtelser, lovens § 64.

Passiver

Passivopgørelsen viser, hvordan virksomheden har *finansieret* sine aktiver. Samtidig viser den, hvilke forpligtelser virksomheden har over for sine ejere (egenkapital) og kreditorer (fremmedkapital eller gæld). Dermed viser passivposterne, hvor virksomhedens kapital kommer fra. Passivopgørelsen omfatter *egenkapital* (selskabskapital, overskud ved emission og opskrivningshenlæggelser, reserver og overført overskud eller underskud), *hensættelser* (dvs. beløb, der reserveres til endnu ikke aktualiserede forpligtelser, f.eks. til pensioner og eventualskat) og *gæld* (der opdeles i kort- og langfristet gæld).

3.1.b. Typer af finansieringstransaktioner

Kommercielle finansieringstransaktioner kan inddeles efter forskellige kriterier, alt efter de momenter, der præger transaktionen, herunder graden af kreditors *risikovillighed*, *tidsperspektivet*, *finansieringsbehovet* samt de *pligter*, der ledsager transaktionen.

Tidsperspektivet

I en grov karakteristik kan man for det første sondre mellem

enkeltstående finansieringstransaktioner (f.eks. en varekredit, en eksportkredit, eller et øremærket lån) og *langsigtede* (f.eks. factoring- eller leasingaftaler, en selskabsdannelse, et længerevarende lånemellemværende og/eller en totalfinansiering). En langsigtet kredit vil almindeligvis påføre debitor mere indgående og detaljerede pligter end en kortsigtet.

For det andet kan man sondre mellem, om finansiering sker usikret eller med sikkerhed i aktiver. Mange leverandørkreditter og pengeinstitutlån til solide virksomheder er usikrede. *Sikret* finansiering kan være lån mod pant (pantebreve) eller sælgerfinansiering ved ejendomforbehold (f.eks. konsignation). Sondringen har betydning for forholdet til kreditgiveren, eftersom formålet med at “sikre” en kreditor jo er at skabe vished for, at han ved tvangsfuldbyrdelse får dækket sit krav forud for en usikret tredjemand. Når der i konsekvens heraf skal iagttages en sikringsakt mod omverdenen, øges transaktionens kompleksitet.

For det tredje kan man sondre mellem de forskellige typer *vederlag*, der betales for en erhvervsfinansiering. Ved professionel lånefinansiering svares vederlaget ved *rente*, jf. nærmere herom i afsnit 3.2.c. Ved varekreditter bliver varekreditor kompenseret ved en øget omsætning – man kan her tale om afsætningsvederlag. “Vederlaget” for et ansvarligt indskud præsteres dels med *overskuddet*, eventuelt blot ved værdiforøgelsen af ejerandelen, dels med ulempen ved at skulle underlægge sig investors *medbestemmelse*.

Endelig kan man inddele finansieringstransaktioner efter karakteren af de forpligtelser, der ledsager transaktionen. Til enhver aftale om långivning vil der være knyttet et antal vilkår, som debitor skal overholde. I enhver lånetransaktion indgår bestemmelser om forfaldstid og om retsvirkningerne ved misligholdelse. Jo større lånebeløb (og heraf følgende risiko), der er tale om, desto større vil kreditors incitament være til at sikre sig imod denne risiko, f.eks. ved at begrænse virksomhedens frihed til at disponere. Dermed åbnes et bredt spektrum af mellemformer mellem det simple lån og partnerskabet, jf. om dette samspil *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.2.

Efterlever debitor en *negative pledge* (se herom i afsnit 3.6.g.), reduceres risikoen for, at kreditor får konkurrerende (sikrede) kreditorer,

Sikringsniveauet

Finansieringsvederlaget

Klausulering

ligesom han som måske eneste private kreditor får væsentlig indflydelse på en senere insolvensbehandling. Lader majoritetshaveren kreditor få *bestyrelsesposter*, sikres en medindflydelse på dispositioner, der kræver bestyrelsesmedvirken. En pligt for debitor til løbende at afgive *interne regnskabsoplysninger* eller andre oplysninger om sin virksomhed sætter kreditor i stand til at agere hurtigt på faresignaler. En sådan oplysningspligt kan eventuelt kombineres med en pligt for debitor til at afstå fra at begive sig ind i nye (og dermed erfaringsmæssigt ofte risikable) *forretningsområder* uden kreditors samtykke.

Beslutningsgrundlaget

Som grundlag for en kreditvurdering indgår erfaringsmateriale af vidt forskellig art. *Teknisk viden* om produktionsprocesserne kan afdække, hvordan virksomheden skaber sine *værdier*, hvilke dele af produktionsapparatet og produktionen der kan stilles til sikkerhed for krav, samt hvilke *risici* der omgiver produktionen. *Regnskabsmæssig* indsigt er nødvendig for at forstå virksomhedens *likviditetsbehov* på forskellige tidspunkter. Dernæst bør kreditor kende efterspørgslen efter produktet for at kunne foretage en *markedsanalyse*.

Kreditgiveren vil også ønske at kende til andre forhold, der kan påvirke virksomhedens soliditet: Hvilke personer indgår i dens ledelse? Hvor kritisk for produktion eller afsætning er bestemte nøglemedarbejdere? Er virksomheden involveret i retssager? Har den betalt sine skatter? Er der rejst myndighedskrav? I omfattende finansieringstransaktioner gennemføres intensive undersøgelser (*due diligence*) til afklaring af sådanne spørgsmål. Ofte følges de op af tilsvarende *covenants* (se herom *Praktisk aftaleret*, s. 199), f.eks. om at debitor regelmæssigt skal afgive kritiske oplysninger til kreditor. De overvejelser, der fører til beslutningen om at etablere – og sikre – et større lån til en virksomhed, vil dermed ofte være lige så komplekse som beslutningen om at erhverve virksomheden. I engelsk terminologi betegnes denne disciplin som *corporate finance law*. En god dansk fremstilling af hele dette emneområde findes hos *Henrik Kure* (2015).

3.1.c. Aftalestrukturen

Pengeinstitut-aftaler

Låneaftaler med danske pengeinstitutter vil ofte fremtræde som et kinesisk æskesystem, hvor én aftale (f.eks. en fakturakredit) henviser til en anden (f.eks. en kassekredit), der igen henviser til en tredje (f.eks. pengeinstitutrets almindelige vilkår). I tilknytning

hertil kan tredjeparter (f.eks. selskabets ejer) have afgivet løfter om *kaution* eller stillet *tredjemandspant*, se hertil afsnit 3.3. Den samlede aftaleregulering vil dermed fremtræde som et *aftalekompleks*, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 86 ff. Blandt de tværgående temaer i et sådant aftalekompleks er långivers adgang til at *modregne* samt spørgsmålet, om *misligholdelse* af ét lånemellemværende betragtes som misligholdelse af et andet (såkaldt *cross default*, jf. nærmere s. 141).

De almindelige reguleringstemaer håndteres ved brug af standardiserede aftalevilkår, der f.eks. regulerer spørgsmål om fuldmagt, ændring af rentevilkår, priser og gebyrer, fritagelse som følge af *force majeure* og ansvarsspørgsmål. Selv om långiver ofte vil lægge sit udkast til låneaftale frem som et standarddokument, er der rigt spillerum for den konkrete aftaleforhandling, f.eks. om rentesatser og betalingsterminer.

En anden finansieringsform indebærer, at kreditor optræder som ejer af det aktiv, der stilles til sikkerhed for det præsterede lån. Her finder man navnlig aftaler om *finansiel leasing*, se hertil afsnit 3.4.

*Ejendoms-
finansiering*

Foruden den bistand, kreditgiver kan yde til debitor i forbindelse med den strategiske drift og ledelse af virksomheden, kan det være aktuelt at kombinere finansieringsaftalen med tjenesteydelser af anden karakter, herunder i forbindelse med inddrivelse af debtors udestående debitorer. Et eksempel herpå har man i aftaler om *factoring*, se hertil afsnit 3.5.

*Tjenesteydelses-
finansiering*

Ved venturefinansiering forstås finansiering af nystartede virksomheder, der baseres på risikovillig kapital stillet til rådighed af kreditgivere, der samtidig opnår en ejerandel eller en ejerinteresse i virksomheden, og som til gengæld følger virksomhedens drift nøje. Finansieringsformen er navnlig udbredt i unge, vækstorienterede virksomheder, hvor ledelsen (der typisk vil være sammenfaldende med den oprindelige ejerkreds) er ung og uprøvet, men hvor den eksterne kreditgiver til gengæld kan bidrage med sin ledelseserfaring. I forventning om, at virksomheden bliver lønsom, når et nyt teknologisk produkt er færdigudviklet og bragt på markedet, præsteres finansieringen enten som *egenkapital* i virksomheden eller som såkaldt *mezzaninkapital*, der er placeret som *ansvarlige lån* før egenkapitalen, men efter den almindelige gæld. En sådan ejerkapital betegnes almindeligvis som "private

*Venture-
finansiering*

equity” (equity = egenkapital) i modsætning til den kapital, der tilvejebringes fra offentligheden via et reguleret marked (f.eks. en fondsbørs). Se hertil *Tomas Krüger Andersen: Private Equity – transaktioner, aftaler og regulering* (2013, med engelsk udgave fra 2015), og med fokus på statslige tilskudsordninger *Christian Lundblad og Tina Walldén Laursen: Opstart af innovative virksomheder – venturekapital* (2007), s. 59 ff.

Beslutningen om at indgå i en venturefinansiering træffes typisk i erkendelse af, at der senere kan blive behov for nye kapitalindskud. Man taler derfor om *first round-*, *second round-* og *third round-*investeringer. I første runde finder man ofte enkeltpersoner, der som såkaldte “*business angels*” investerer deres private formuer og personlige erfaring i nystartede virksomheder. De aftaler, der udmønter investeringen i specifikke transaktioner, bygges ofte ind i et såkaldt *commitment letter*, hvorved venturekapitalisten forpligter sig over for selskabet eller dets øvrige investorer. Ved afslutningen af hver runde besluttet det, om virksomheden skal overleve. Skal den det, bevæger man sig hen imod næste runde. Går denne eller senere runder godt, ender venturefinansieringen med, at virksomheden sælges under ét til en kapitalstærk partner eller børsnoteres (såkaldt *exit*).

Venturefinansiering forekommer i meget forskelligartede varianter. *Offentlig venturefinansiering* har rod i offentligretlige støtteordninger, der sikrer opstartsvirksomheder adgang til risikovillig kapital. Lån til nystartede virksomheder kan f.eks. opnås i Vækstfonden, Investeringsfonden for Udviklingslande og i de såkaldte innovationsmiljøer, der administreres af Uddannelses- og Forskningsministeriet. Derudover findes der et righoldigt udbud af støttemuligheder, såvel i Danmark som inden for EU-systemet, der sigter målrettet mod forskellige samfundssektorer, f.eks. miljø-, fødevarer- og it-området. På det private område findes der er et væld af virksomheder, der med offentlig, institutionel eller privat kapital i ryggen investerer i *startup*-virksomheder. En række af disse er organiseret i Danish Venture Capitalist Association, se <www.dvca.dk>

3.1.d. Retsgrundlag

Denne bog behandler kun *kommercielle* finansieringstransaktioner. Den baggrundsret, der omgiver disse transaktioner, adskiller sig

så meget fra transaktioner om forbrugerkreditter, at erhvervsfinansieringsretten – som fremhævet af *Lars Hedegaard Kristensen* (2003), s. 2 f. – kan afgrænses som en særskilt kreditretlig disciplin. I en oversigt over den retlige regulering kan man udsondre de obligationsretlige, offentligretlige og selskabsretlige retsgrundlag.

Det væsentligste obligationsretlige retsgrundlag findes i GBL og i de principper, som denne lov udtrykker. Lovens kapitel 1 udfylder aftaleforholdet i en låneaftale i en sådan grad, at behovet for koncipering kan begrænse sig til de essentielle vilkår. Det gælder navnlig § 1 om forholdet til det underliggende retsforhold, § 2 om den solidariske hæftelse og debitorernes indbyrdes opgør, §§ 3-4 om betalingsstedet i forskellige typer af gældsbreve, § 5 om forfaldstidspunktet og § 7 om møntsort, omveksling og kurstab.

Dernæst indeholder kreditaftaleloven (KAL) en række udfyldende regler vedrørende kreditaftaler. Hovedparten af denne lov gælder kun for kreditgivning til forbrugere, jf. § 1, stk. 1. Men ifølge § 2 gælder lovens *kapitel 11* for kreditkøb, der ikke er forbrugerkøb. Heraf følger visse supplerende regler vedrørende gældens betaling, herunder om gyldig betaling til pengeinstitut (§ 25), om opgørelse af fordringen ved betaling før forfaldstid (§ 27), om afskrivning på fordringen (§ 28) og om retsvirkningerne af misligholdelse (§ 29).

Er kreditgiver en *finansiel virksomhed*, kan offentligretlige tilsynsregler få direkte eller indirekte betydning for transaktionen. Den centrale lovgivning herom er lov om finansiel virksomhed (almindeligvis forkortet *FIL*), jf. lovbekendtgørelse nr. 182 af 18. februar 2015 med senere ændringer. Loven etablerer de *offentlige* rammer, som de af loven omfattede finansielle virksomheder (se herved § 1, stk. 1, med henvisninger) skal overholde for at kunne drive deres virksomhed. I en bred karakteristik bæres loven og de hertil knyttede talrige retsforskrifter (bekendtgørelser og vejledninger mv.) af ønsket om at sikre *tilliden* til de finansielle virksomheder og deres produkter. Uden denne tillid ville man ikke turde sætte penge i banken, og uden sikkerhed for, at forsikringselskabet ville udbetale dækninger under indgåede forsikringsaftaler, ville der ingen mening være i at tegne forsikring.

Det finansielle system bindes sammen af aftaler indgået mel-

*Obligations-
retlige
retsgrundlag*

*Lov om finan-
siel virksomhed*

lem de finansielle virksomheder (ofte kaldet *institutter*) indbyrdes og mellem institutterne og deres kunder. Disse aftaler vil ofte udgøre kernen i de *finansielle produkter*, der omsættes på markedet. Derfor er der en nøje forbindelse mellem den offentlige tilsynslovgivning og aftaleretten. Udgangspunktet er her, at den finansielle tilsynslovgivning ikke forholder sig til indholdet af indgåede aftaler, herunder deres gyldighed. Men dette udgangspunkt modificeres på visse områder.

– god skik-reguleringen

En væsentlig modifikation følger af reglerne om god skik. Ifølge FIL § 43, stk. 1, skal finansielle virksomheder og finansielle holdingvirksomheder drives i overensstemmelse med “redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet.” Samme bestemmelses stk. 2 giver erhvervs- og vækstministeren hjemmel til at fastsætte nærmere regler om redelig forretningsskik og god praksis for de finansielle virksomheder. I medfør af denne bestemmelse har ministeren bl.a. udstedt bekendtgørelse nr. 330 af 7. april 2016 om god skik for finansielle virksomheder (*god skik-bekendtgørelsen*). Til bekendtgørelsen hører en vejledning, nr. 10516 af 14. september 2015. Bekendtgørelsen indeholder en detaljeret regulering af en række aspekter vedrørende både indhold, rådgivning og aftaleindgåelse i forbindelse med forskellige finansielle produkter. Flere af reglerne indfører EU-retlige forskrifter. Det gælder f.eks. reglerne i kapitel 6 om privatkunders krav på at få oprettet en basal indlånskonto mod et årligt gebyr på maksimalt 180 kr., som opfylder EU-Kommissionens henstilling af 18. juli 2011 om adgang til en basal betalingskonto (2011/442/EU). Disse regler suppleres nu af kapitel 4 i lov nr. 375 af 27. april 2016 om betalingskonti. Andre regler bygger på et administrativt regelforarbejde med deltagelse af de berørte interesseorganisationer. Det gælder f.eks. reglerne i § 6 om ændringer i renter og i § 7 om markedsføring over for unge og §§ 8-14 om rådgivning.

– FIL §§ 47-48

Et egentligt eksempel på aftaleregulering i den finansielle tilsynslovgivning er kautionsreglerne i FIL §§ 47-48 (der kort omtales på s. 152 f.). Med disse regler har man i relation til ikke-erhvervsmæssige kautionsløfter bl.a. indført skriftlighedskrav med ugyldighedsvirkning, præceptive regler om maksimering af kautionsløfter, indholdsmæssig maksimering og detaljerede oplysningspligter. Nogle af disse regler fandtes tidligere i god skik-

bekendtgørelsen. Deres aftaleretlige virkninger gav lejlighedsvis anledning til tvivl ved domstolene, som illustreret ved *U 2010.1628 H*, der omgjorde *U 2007.1988 V*.

Et tredje eksempel er erstatningsreglen i FIL § 43a, der (for-sigtigt) fastslår, at handlinger i strid med regler udstedt i medfør af § 43, stk. 2 (herunder navnlig god skik-bekendtgørelsen), pådrager erstatningsansvar “i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler”.

– *FIL § 43a*

Overtrædelse af reglerne i god skik-bekendtgørelsen har ikke umiddelbare civilretlige konsekvenser, men kan give grundlag for pålæg mv. fra Finanstilsynet, jf. FIL § 344, samt strafansvar. Sådanne pålæg mv. kan herefter udvirke ændringer i aftaleforholdene, men i så fald på grundlag af parternes (hvilket i praksis vil sige instituttets) aftaledispositioner. Dernæst kan reglerne efter omstændighederne påvirke forståelsen og gyldighedsvurderingen af afgivne løfter. De formueretlige tvister, der måtte involvere en bedømmelse af sådanne bestemmelser, kan indbringes for *Pengeinstitutankenævnet*, der er et godkendt klagenævn i henhold til § 5 i forbrugerklage-loven (lov nr. 524 af 29. april 2015 om alternativ tvistløsning i forbindelse med forbrugerklager). Finanstilsynets afgørelser om indholdet af den retlige standard, der er indeholdt i § 43, kan indbringes af *Erhvervsankenævnet*, der har udviklet en righoldig praksis herom.

Retsvirkninger

Se om dette samspil mellem den offentligretlige og privatretlige regulering af de finansielle produkter, *Lennart Lynge Andersen & Nina Dietz Legind* i *U 2005B*, s. 337 ff.

Når finansieringstransaktionen involverer et kapitalselskab, kan reglerne i selskabsloven begrænse parternes aftalefrihed. I medfør af SL § 153, stk. 1, nr. 3, kan et kapitalselskab f.eks. finansiere sig ved at udstede *konvertible gældsbreve og warrants*. Fordi sådanne instrumenter kan konverteres til aktiekapital, skal beslutning herom vedtages af generalforsamlingen, jf. de nærmere regler herom i SL § 167. Ligeledes giver kapitel 13 i SL særlige regler om økonomisk bistand med et kapitalselskabs egne midler. Bl.a. fastslår SL §§ 206-209, under hvilke betingelser et kapitalselskab må stille midler direkte eller indirekte til rådighed for tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet eller dets moderselskab (såkaldt selvfinansiering). De pligter, der følger af leje- og leasingkontrakter (herunder aftaler om finansiel leasing,

Selskabsretlig regulering

jf. herom senere), skal i medfør af § 64, stk. 2, i årsregnskabsloven særskilt angives.

3.1.e. Internationale aspekter

Kendetegn

På tværs af de forskellige typer kan der være grund til at udskille internationale finansieringstransaktioner. På det internationale kapitalmarked kan man erhverve lånefaciliteter til både statslige og erhvervsmæssige finansieringstransaktioner (henholdsvis betegnet som *government finance* og *corporate finance*). Lånebeløbene i den slags transaktioner vil ofte være så betydelige, at lånene involverer syndikater af pengeinstitutter, se herom afsnit 3.2.g.

Valget af valuta

Internationale lånetransaktioner med danske låntagere vil som regel involvere andre valutaer end den danske krone, jf. herom generelt *Praktisk aftaleret*, s. 305. Erhvervsmæssige låntagere vil ofte foretrække lån i den valuta, virksomheden selv betaler og modtager betaling i. Inden for skibsfarten betales f.eks. både brændstoffet og fragtvederlaget i amerikanske dollars. En låntager vil normalt ikke ønske at spekulere i, at den realøkonomiske værdi af lånebeløbet udhules ved valutakursfald – ingen ved jo, om det går den modsatte vej, hvorved lånet vokser ved kursstigninger. Risici af den art kan låntager dog ofte afdække via særskilte valutariske transaktioner (kurssikring mv.).

Risikoen for, at kreditor retligt er afskåret fra at omveksle beløb, er i dag beskeden. Se til illustration *U 1944.786 H*, hvor en svensk debitor var afskåret fra at betale i danske kroner på grund af valutarestriktioner. Sådanne risici (f.eks. i samhandel med politisk ustabile lande) bør imødegås ved vilkår om *force majeure*, jf. herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 8.5. Sker finansieringstransaktionen som led i en eksporthandling, kan en række af disse risici afdækkes gennem eksportkredit efter reglerne i lov om eksportkredit.

Renteforbud

I lande baseret på muslimsk *sharia*-lovgivning kan der både være ugyldighed og strafansvar forbundet med krav om rentebetaling, ligesom aftaler med indbyggede spekulationselementer kan være forbudte. Det ses undertiden også, at andre retsfamilier begrænser friheden til at indgå renteaftaler via vidtgående regler om “åger” mv. (eng.: *usury*). Disse tanker har dog ikke haft tilsva-

rende slagkraft på finansiel aftalepraksis. Tanken om, at pengeudlåneren ved sin rentefortjeneste opnår fordel af noget, der tilhører Gud (nemlig tiden), har i øvrigt rødder i kanonisk ret, se *Tamm: Retshistorie* (2002), s. 127 f.

Når sådanne religiøse krav støder sammen med økonomiske lovmæssigheder, opstår en konflikt, som i praksis løses ved spidsfindige omgåelsestransaktioner, jf. nærmere *Sarah L. T. Krarup* m.fl. i ET 2010, s. 181 ff. En metode kan være at knytte rentebetalingen op på hensigtserklæringer. En anden kan være at lade låneaftalens parter indgå i en slags samejerrelation, der på et principielt plan ligestiller dem i økonomisk henseende. En tredje model går ud på, at kreditor samtidig med lånetransaktionen sælger et formuegode, der efterfølgende *sælges tilbage* til kreditor til en højere værdi eller kombineres med en *lejeaftale* for den tid, formuegodet ejes af den part, der finansierer transaktionen. Se som eksempel på en sådan ordning *U 2010.1181 HK*, hvor et skøde baseret på islamisk finansiering ikke kunne tinglyses, da skødets betingelser ikke var endeligt fastsat. Se også *Anders Ørgaard* i ET 2008, s. 118 ff., i en kommentar til *U 2007.678 Ø*, der fastholdt krav på procesrente i et muslimsk “venlighedslån”, selv om dette angiveligt var i strid med muslimsk tradition.

3.2. Pengelån

3.2.a. Kendetegn

I et *pengelån* stiller långiver (kreditor) et pengebeløb eller en kreditfacilitet til låntagers (debitors) disposition i en bestemt periode. Transaktionens kendetegn er, at lånet skal betales tilbage. Tidspunktet herfor kaldes *forfaldstidspunktet*. I tillæg til tilbagebetalingspligten betaler låntager et vederlag i form af en *kreditrente* og eventuelt en løbende provision. Ligesom den morarente, der betales, hvis lånet ikke afdrages eller tilbagebetales som aftalt, beregnes kreditrenten af det til enhver tid skyldige beløb. I tillæg til renten vil låntager ofte forlange særlige ydelser vederlagt, f. eks. i form af gebyrer for kontoudskrifter, låneetableringsomkostninger mv. Ud over pligten til at betale lånet tilbage med tillæg af rente vil aftaler om pengelån ofte pålægge låntager andre pligter, der er egnet til at sikre låntagers soliditet og til i øvrigt at varetage kreditors interesser.

Begreb

Aftaler om pengelån må tage stilling til i hvert fald følgende reguleringstemaer:

- (1) Valuta
- (2) Debitors identitet
- (3) Kreditors identitet
- (4) Det skyldige beløb
- (5) Rentesatsen
- (6) Rentetilskrivning
- (7) Tilbagebetaling/amortisation

Af disse seks temaer hører (2)-(3) til i den almene aftaleregulering, se herved *Praktisk aftaleret*, kapitel 5-6. Fastsættelsen af (1) og (4) er et almindeligt forhandlingstema. Opmærksomheden retter sig altså mod (5)-(7), nedenfor 3.2.c-3.2.d.

Foruden den aftaleregulering, der udtrykkes i selve låneaftalen, er det relevant at pege på de aftaler, der indgås med andre parter end långiveren, f.eks. når lånet ydes mod sikkerhedsstillelse, og tredjemand afgiver et kautionssløfte eller udsteder et *comfort letter*. I så fald involverer finansieringstransaktionen en flerhed af parter. Også i andre tilfælde kan der være flere kreditorer og debitorer på banen, f.eks. når en lånefacilitet ydes til en koncern med en flerhed af koncernselskaber eller sikres gennem en flerhed af kautionister eller garanter.

I det følgende koncentrerer opmærksomheden om det penge-lån, der kun involverer to parter: pengecreditor og -debitor.

3.2.b. Aftalepraksis

En låneaftale med et pengeinstitut vil enten foreligge som *indlån* (hvor pengeinstituttet modtager et beløb til forrentning og herefter optræder som debitor over for kunden) eller som *udlån* (hvor det omvendte er tilfældet). *Indlån* kan enten ske på anfordring, hvorved beløbet kan hæves uden varsel (også kaldet lån uden opsigelse), eller på opsigelse (hvorved pengeinstituttets pligt til at forrente indlånet er betinget af, at det ikke hæves inden for en opsigelsesfrist). For *udlån* er det almindeligt at anlægge son-dringer afhængigt af låneformålet, f.eks. byggelån, boliglån, vek-sellån etc.

Danske pengeinstitutter har ikke formuleret ensartede vilkår for deres almindelige forretningsbetingelser. Aftalepraksis på området påvirkes af den offentligretlige tilsynsregulering, der navnlig finder udtryk i god skik-bekendtgørelsens kapitel 5 (regler om basal indlånskonto til en privatkunde) og bekendtgørelse nr. 332 af 7. april 2016 om god skik for boligkredit. Se generelt om pengeinstitutaftaler, *Andreas Tamasauskas*: Erhvervslivets låneoptagelse (2006) og *Henrik Kure* (2015), s. 261 ff.

Som anført af sidstnævnte forfatter kan man sondre mellem lån med fast løbetid (såkaldte *term loans*), kassekreditter og revolverende kreditfaciliteter:

I et lån med fast løbetid vil alle vilkår vedrørende løbetid og afvikling være fastlagt på forhånd. Lånet vil normalt blive udbetalt på en gang, typisk til brug for en konkret finansiering, f.eks. køb af en virksomhed eller et produktionsapparat. Det kan også tænkes, at lånet skal dække bestemte poster, der forfalder på et tidspunkt i fremtiden, f.eks. i forbindelse med refinansiering af eksisterende lån. I så fald kan det være aftalt, at lånet skal udbetales i flere portioner (såkaldte *trancher*). I erhvervsmæssige forhold har *term loans* normalt løbetider på 3-5 år, jf. *Kure* a.st., s. 266. Rækker behovet for finansiering længere, vil virksomheden i stedet kunne se en interesse i at etablere et lån via erhvervsobligationer, se sst. s. 371 ff., idet sådanne lån normalt vil skulle tilbagebetales inden for 5-8 år.

I en aftale om *kassekredit* opnår låntageren ret til at låne et varierende beløb inden for et fastsat maksimum. Kassekreditaftaler indgås som regel med en bestemt løbetid, inden for hvilken kreditten forventes at være nedbragt. Der betales dels rente af det til enhver tid lånte beløb, dels en løbende provision beregnet af kassekreddittens maksimum. Ved lånets etablering betales dernæst en stiftelsesprovision. Hertil kan påløbe andre udgifter ved lånets oprettelse, herunder tinglysningsafgifter og eventuelle rådgiveromkostninger.

I en revolverende kreditfacilitet (ofte forkortet RCF) stiller kreditgiveren en kreditramme til rådighed i en bestemt periode. I modsætning til kassekreditten, der normalt kan opsiges af banken med et forholdsvis kort varsel, er RCF-låneaftaler uopsigelige inden for den tilsagte periode, som normalt strækker sig op til 5 år. Samtidig vil RCF-låneaftaler ofte være klausuleret i henseende

Lån med fast løbetid

Kassekredit

Revolverende kreditfacilitet

til, hvilke kreditfaciliteter låntageren kan benytte, med hvilke frister og i hvilke tidsintervaller. Se i det hele hertil *Kure* (2015), s. 267 f.

Veksellån

Andre former for erhvervslån har tilknytning til særlige pengeinstitutforretninger. Ved veksellån ydes lånet ved, at pengeinstituttet indfrieder den fordring, virksomheden har på en vekseludstedende tredjemand. Ordningens karakter af lån skyldes risikoen for *vekselregres* mod kunden, såfremt vekseldebitor (trassenten) ikke betaler. I nær forbindelse hermed finder man de lånearrangementer, der træffes i forbindelse med debitorbelåning og factoring, jf. nærmere afsnit 3.5.

Skriftlighed

Låneaftaler med professionelle långivere indgås stort set altid skriftligt. § 6, stk. 1, i god skik-bekendtgørelsen pålægger finansielle virksomheder at indgå eller bekræfte alle væsentlige aftaler med deres kunder i papirformat eller på andet varigt medie. En aftale skal indeholde en beskrivelse af parternes væsentlige rettigheder og pligter samt af de finansielle ydelser, der er omfattet af aftalen. Er der ved aftalens indgåelse ydet individuel rådgivning, skal væsentlige forudsætninger for rådgivningen nedfældes i aftalen eller fremgå af bilag til aftalen enten i papirformat eller på andet varigt medie. I forbrugerforhold foreskriver KAL § 8, stk. 1, at en kreditaftale skal udfærdiges på papir eller på et andet varigt medium og indeholde de oplysninger, der er nævnt i bestemmelsens stk. 2, nr. 1-22. Særlige regler om kreditaftaler i form af kassekredit følger af bestemmelsens stk. 5, nr. 1-9. Se også § 8a om pantsikrede lån i fast ejendom, § 8b om overtræk, § 9 om underretning om ændringer i debitorrenten og §§ 10-16 om bl.a. underretning, kontoudtog og omkostninger mv.

Skriftlighedskravet er ingen gyldighedsbetingelse, men kan primært ses som udtryk for en ved lov fastsat pligt til at sikre beviset for indgåede aftaler. Også hensynet til bevissikring taler for at oprette lånedokumenter skriftligt. Man opnår heller ikke *negotabilitet* uden skriftlighed, ligesom muligheden for at etablere et *eksekutionsgrundlag* fordrer et skriftligt dokument, se herved retsplejelovens § 478, stk. 1. FIL opstiller kun udtrykkelige krav om skriftlighed på særlige områder, f.eks. for kautionaftaler uden for erhvervsforhold, jf. § 48, stk. 3. I praksis kan lovgivningens krav til de finansielle virksomheder om at kunne dokumentere deres aktiver (som de krav, der støtter sig på låneaftaler og kau-

tionsløfter mv. jo er) ikke opfyldes, hvis ikke den finansielle virksomhed kan dokumentere sine låneaftaler mv.

Der har ikke udviklet sig særlige sædvaner eller *agreed documents* for pengeinstitutudlån. Aftaleindgåelsen baseres typisk på den enkelte långivers standardklausuler og knyttes til de enkelte låneprodukter. For skattebegunstigede *pensionsopsparinger* klausuleres vilkårene i overensstemmelse med den underliggende skattelovgivning, se hertil *Mads Bryde Andersen* (under medvirken af Jesper Mark): *Dansk Pensionsret* (2013), s. 412 f. Det samme gælder for såkaldt særlige indlån, jf. i det hele fremstillingen hos *Lennart Lyng Andersen: Bank og særlige indlån*, 2. udg. (2008). En tilsvarende retsdannelse findes ikke for *udlånsprodukter*. Hvordan den konkrete låneaftale tilrettelægges, beror på lånets karakter, de anvendte sikkerheder og långiverens aftalepraksis. Se nærmere herom *Lars Gorton* i *Lennart Lyng Andersen* (red.): *Videregående kreditret* (2008), s. 99 ff. Nærmeste tilløb til en branchebestemt aftaledannelse har vi set på *forbrugerområdet*.

Sædvanedannelse?

Den 31. maj 1990 afgav en arbejdsgruppe nedsat af Forbrugerombudsmanden en rapport om pengeinstitutternes standardvilkår over for forbrugere. Rapporten behandler emnerne (1) etablering af ind- og udlånsaftaler, (2) standardvilkår om rente, provision, gebyr mv., (3) opsigelsesbestemmelser, (4) forfalds- og misligholdelsesklausuler og (5) bestemmelser om modregning. På grundlag heraf udsendte Finansrådet i 1991 et sæt “vejledende forretningsbetingelser og aftalevilkår”, se Juridisk Årbog fra Forbrugerstyrelsen (1991), s. 69 ff., og *Møgelvang-Hansen* i *Festskrift til Børge Dahl* (1994), s. 161 ff., med kritik af vejledningens ubestemte karakter. Vejledningen benyttes ikke længere.

Parterne må afklare, om de vil frembringe et *negotiabelt* dokument, dvs. et omsætningsgældsbrev. Påtænker kreditor at *overdrage* fordringen, bliver kursen på fordringen alt andet lige højere, når erhververen ikke risikerer (svage) indsigelser fra det underliggende retsforhold, jf. GBL §§ 15 og 17, ligesom erhververen kan støtte ret på den plan for gældens amortisation, der fremgår af gældsbrevet, jf. § 16. Betingelserne for at gøre et gældsbrev *negotiabelt* er enkle og klare, jf. GBL § 11. Man kan vælge mellem 1) at angive kreditor som ihændehaver, 2) at lade feltet med “kreditor” stå anført *in blanco*, 3) indføje ordene “eller ordre” i

Negotiabilitet

tilknytning til kreditors navn, eller 4) utvetydigt angive, at gælds-brevet er et omsætningsgælds-brev. Denne adgang til at overdrage lån har dog kun betydning for relativt få lånevirk-somheder. Penge- og realkreditinstitutter vil sjældent overdrage fordringer på deres kunder og opretter derfor typisk ikke negotiable gælds-dokumenter.

3.2.c. Forrentning

Renten er långivers vederlag for at yde lånet. Den beregnes i *lå-netiden*, efter en på forhånd fastsat *rentesats* og af det til enhver tid udlånte *beløb* (med tillæg af tilskrevne renter og omkostninger). Renten beregnes *fra* det tidspunkt, hvor gælden er etableret, og *til* det tidspunkt, hvor den er indfriet. Dermed adskiller renten sig fra f.eks. ekspeditionsgebyrer og lånesagsvederlag. Foruden *vederlaget* for den tjeneste, långiver yder låntager, kompenserer renten långiver for dennes *risiko* for, at lånebeløbet ikke betales tilbage. Endelig sikrer renten lånet mod *inflatorisk* udhuling – et formål, der dog også kan tilgodeses ved, at lånebeløbet *indekseres*.

Kreditrisiko

Rentens størrelse beror for det første på *kreditrisikoen* (også kaldet modpartsrisikoen), dvs. risikoen for, at låntager ikke betaler lånet tilbage. Et usikret lån til en usolid låntager (markant illustreret ved de såkaldte sms-lån) vil nødvendigvis bære en højere rente end et sikret lån (som f.eks. formidles af et realkreditinstitut).

Inflationsrisiko

For det andet spiller det en rolle, om lånet vil blive udhulet pga. inflation, inden det betales tilbage. Denne risiko vil normalt blive udtrykt ved *renteniveauet* i den valuta, som lånet præsteres i. Til enhver valuta hører et lånemarked, og dette marked vil finde en rente, når der ydes eller optages lån i valutaen. Kursen på en valuta udtrykker dennes aktuelle og forventelige købekraft og signalerer dermed tilliden til den økonomi, valutaen understøtter, herunder risikoen for inflation. Over tid beror denne risiko på, om renten i lånetiden er *variabel eller fast*. Er der aftalt en fast rente i et lån med en lang løbetid, vil långiver alt andet lige ønske, at denne rente sættes højere end den korte “dag-til-dag rente” for dermed at indkalkulere risikoen for, at inflation og rente senere stiger inden tilbagebetaling. Omvendt hvis lånet ydes med en høj rente, som markedet forventer vil falde. Hvis aftalen ikke tager stilling til spørgsmålet om morarente, men i øvrigt

henviser til dansk ret, kan låntager risikere at skulle betale den højere danske morarentesats for lån ydet i en rentesvag valuta, jf. til illustration *U 1993.67 H*, hvor Højesteret afviste at lægge en anden diskontosats (nu, Nationalbankens officielle udlånsrente) end den danske til grund for forrentningen af et tilgodehavende i D-mark.

Foruden modparts- og inflationsrisikoen kan låneaftalens parter løbe regulatoriske risici af forskellig art. I konsekvens af de sanktioner, der vedtages af Danmark og vore internationale samarbejdspartner, kan de f.eks. være pålagt *embargorestriktioner* i muligheden for at foretage betalinger eller investeringer til eller fra bestemte lande, se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.5.d. For finansielle virksomheder kan der indtræde ændringer i *tilsynsreguleringen*, som vanskeliggør forskellige former for udlån. Ligeledes kan reglerne i *hvidvasklovgivningen* pålægge den finansielle part forpligtelser, som vanskeliggør eller udsætter opfyldelsen. Hvordan sådanne risici fordeles, vil ofte skulle forhandles indgående. Ifølge *Henrik Kure (2015)*, s. 242, vil pengeinstituttet f.eks. normalt lægge tilsynsmæssige risici på låntager. Risikoen for, at en låntager i udlandet som følge af uforudsete regulatoriske begrænsninger afskæres fra at gennemføre en betaling, vil efter omstændighederne kunne kvantificeres som en såkaldt *politisk* risiko, som kan afdækkes gennem særlige forsikringsprodukter.

I længerevarende låneforhold vil kreditor ønske at sikre sig mod underminering af sit krav som følge af inflationsrisikoen. Denne sikring kan tilvejebringes på to måder. Efter et *valoristisk* princip indbygger aftalen en mekanisme til op- eller nedjustering af lånebeløbet, typisk baseret på et *indeks*. Et eksempel herpå er de indekspantebreve, der reguleres i TL § 40a. Fordelen ved dette princip ligger i muligheden for at bevare den økonomiske balance gennem lånets afvikling. Ulempen ligger i, at parterne først opnår kendskab til betalingerne under lånets afvikling. Efter et *nominalistisk* princip er en krone en krone, og ændringer i rente og inflation påvirker ikke hverken lånets størrelse eller forrentning. Risikoen for inflationær udhuling forudsættes da indkalkuleret i rentebetalingen. En mellemvej mellem disse to modeller går ud på at vedtage en *variabel* rentesats. Herved forstås en rentesats, der efter nærmere vilkår ændrer sig i takt med (typisk) renteutviklingen på et pengemarked. Rentestigningerne på dette pen-

Regulatoriske risici

Forretningsprincipper

gemarked vil da modsvare den aktuelle eller forventede inflation. Metoden er velegnet for løbende driftskreditter i et marked, der også i øvrigt påvirkes af ændringer i de pengepolitiske variable (rente, valutakurs mv.).

Renteudviklingen i samfundet gennem låneperioden kendes i sagens natur ikke på forhånd. En variabel rentesats må derfor knytte an til forhold, parterne har overblik over. I almindelige pengeinstitutaftaler er det ikke ualmindeligt at aftale, at rentesatsen kan ændres, hvis “penge- eller kreditpolitiske ændringer i ind- og udland påvirker det almindelige renteniveau på en måde, der har betydning for banken”, eller hvis “der sker anden udvikling i det almindelige renteniveau, herunder bl.a. på penge- og obligationsmarkederne, på en måde, der har betydning for banken.”

En aftale om variabel forrentning kan f.eks. gå ud på, at der betales en rentesats svarende til en kendt rentesats med tillæg af et bestemt antal procentpoint. At man ofte henviser til Nationalbankens officielle udlånsrente (som også er indbygget i renteloven, jf. § 5) skyldes navnlig, at denne sats justeres på grundlag af velovervejede pengepolitiske indikatorer.

Som eksempler på kendte rentesatser kan nævnes:

Nationalbankens officielle udlånsrente med et tillæg af x procent;

En (eller) flere hovedbankers rentesatser for visse nærmere bestemte erhvervskreditter (aftalen må her præcisere, om forrentningen kun omhandler den rene rente, eller om også de beløb, der løbende betales i provision, skal medregnes);

Den gennemsnitlige effektive rente for 20-årige realkreditlån over en på forhånd aftalt periode (her må aftalen præcisere, hvilke realkreditlån – angivet med realkreditinstituttets navn og lånets serie og rentesats – der sigtes til, og hvorledes den effektive rente for dem beregnes).

*Officielle
rentesatser*

Parterne kan også vælge at gøre brug af en pengemarkedsrente som såkaldt *benchmark*. Det kan f.eks. ske ved henvisning til en af de rentesatser, der noteres på forskellige pengemarkeder på grundlag af solide bankers indberetning af deres dag til dag-rente. Et eksempel herpå er *CIBOR* (Copenhagen Interbank Offered

Rate), som er den rente, som pengeinstitutter uden sikkerhed er parate til at yde lån for til såkaldte *primebankers* på interbankmarkedet i København. CIBOR er dermed udtryk for den rene kapitalmarkedsrente, der ikke tager højde for risikoen for låntagers manglende betaling (modpartsrisiko). Den beregnes dagligt på baggrund af de rentesatser, som danske pengeinstitutter (“CIBOR-stillere”) indberetter til Finansrådet for interbanklån med løbetider på 1 uge og 2 uger og 1, 2, 3, 6, 9 og 12 måneder. På Finansrådets hjemmeside, <www.finansraadet.dk>, kan man herefter følge disse rentesatser. Her kan man også se, hvordan rentesatserne indberettes. Satserne offentliggøres her og på NASDAQ OMX'S hjemmeside hver dag kl. 11.

CIBOR er referencerente for en lang række finansielle kontrakter. En tilsvarende rente findes for britiske pund i *LIBOR* (London Interbank Offered Rate) og *EURIBOR* (der er en forkortelse for EURO Interbank Offered Rate). *EURIBOR* er en udlånsrente for euroen, der fastsættes af et antal banker, hvoraf nogle er fra EU, andre fra tredjelande. Rentens størrelse offentliggøres dagligt af den pågældende centralbank og anføres på kurslisten for de pågældende børser. Ved at henvise til en sådan rente kan parterne opnå et beregningsgrundlag, der dag for dag tilpasser sig pengemarkedets bevægelser. Se nærmere herom *Henrik Kure* (2015), s. 325 ff., og *Tamasauskas* (2006), s. 365 ff.

En aftale om variabel forrentning er forbundet med et vist administrativt besvær. Ændringshyppigheden må derfor stå i forhold til de involverede værdier. Eventuelt kan parterne vedtage et maksimum for, hvor mange gange i lånets levetid ændringer kan ske. Ligeledes kan det være på sin plads at maksimere rentevariationen, f.eks. således at renten ikke kan variere med mere end x procentpoints i forhold til den rente, der var gældende på aftaletidspunktet. Særlige forhold i låneaftalen, herunder vilkår om uopsigelighed som led i en langsigtet finansiering, kan begrunde aftaler om variabel forrentning, se hertil *Tamasauskas* (2006), s. 383. Er låntager et kapitalsekskab, kan generalforsamlingen med hjemmel i SL § 178 beslutte at optage lån med en rente, hvis størrelse er helt eller delvis afhængig af selskabets udbytte.

I låneaftaler med finansielle institutioner (banker, realkreditinstitutter og forsikringssekskaber) betaler debitor typisk såkaldt

Ændringer

Provision

provision i tillæg til renten. Provision betales dels som et *startbeløb*, der kompenserer kreditor for hans transaktionsomkostninger ved lånets etablering (såkaldt *stiftelsesprovision*), dels som et *løbende vederlag*, der udgør betaling for selve kreditfaciliteten, hvad enten den udnyttes eller ikke (såkaldt *løbende provision*). Aftaler, der knytter en forrentningspligt til en banks rentevilkår, kan undertiden blive opfattet således, at de også omfatter den faste provision, jf. f.eks. *U 1970.671 V*, der dog begrundes med, at debitor var kendt med kassekreditforhold. Se generelt om betaling af provisioner i finansierungsaftaler, *Henrik Kure (2015)*, s. 329 ff.

*Tilskrivning
mv.*

Normalt vil renten på et lån begynde at løbe fra og med det tidspunkt, hvor lånebeløbet udbetales til låntager, og frem til tilbagebetalingen. Da renten dermed i praksis hele tiden *påløber*, må låneaftalens parter tage stilling til, hvornår renten opgøres og *tilskrives* (dvs. debiteres) lånet. Er der faste betalings terminer, kan det være aftalt, at renten tilskrives ved udløbet af hver termin. Ellers sker det årligt (*pro anno*). Fordi tilskrivningen forøger debitors gæld til kreditor, skal der betales rente af den. Jo hyppigere der tilskrives renter på et lån, desto mere betales der dermed “renters rente” på lånet.

Ligger rentesatsen fast, er der intet til hinder for at opgøre renten før udløbet af låneperioden, men det tilskrevne beløb vil da først forfalde efter periodens afslutning. Er der aftalt en variabel forrentning – måske ligefrem en dag til dag-rente – kan rentebeløb først opgøres efter afslutningen af en låneperiode. Opgøres renten før dette tidspunkt, kan det blive nødvendigt at efterregulere rentekravet.

Ved beregningen af renten kan det være nødvendigt at præcisere, hvor mange dage et “renteår” består af. Ud fra almindelig sproglig forståelse må dette tal være på 365 (uden for skudår), hvilket er baggrundsrettens almindelige regel. Ikke desto mindre er det i mange sammenhænge sædvanligt at operere med renteår på 360 dage og rentemåneder på 30 dage. Tidligere, da renteberegninger ikke skete ved hjælp af it, sparede en sådan beregningsform besværet ved den manuelle udregning af renten.

Validering

Efter almindelige obligationsretlige grundsætninger indtræder rentepligten, når låntager udnytter lånet, ligesom den bortfalder, når lånet nedbringes igen. Denne enkle regel giver anledning til

særlige spørgsmål, hvis et lån udnyttes eller nedbringes flere gange dagligt. Skulle en indbetaling, der skete, umiddelbart før dagen var omme, kaste rente af sig for hele dagen, ville renten ikke modsvare den økonomiske nytte af beløbet. Derfor har vilkårene for pengeinstitutlån typisk afklaret, hvornår indbetalinger med eksterne midler (modsat overførelser mellem egne konti) påvirker renteberegningen. Betalingstjenestelovens § 76 fastslår nu, at valørdatoen for kreditering af betalingsmodtagers betalingskonto ikke må ligge senere end den arbejdsdag, hvor betalingsmodtagerens udbyder modtager betalingstransaktionen. Stk. 2 i samme bestemmelse fastslår, at betalingsmodtageren, umiddelbart efter at en betalingstransaktion er krediteret dennes udbyders konto, skal have adgang til beløbet.

Som et supplement til det vederlag for et pengelån, der erlægges ved rentebetalinger, vil långiver typisk opkræve gebyrer for særlige tjenester. Som anført af *Tamasauskas* (2006), s. 138, har den faldende rentemarginal ført til, at pengeinstitutterne i dag opkræver flere og større gebyrer end tidligere. Sådanne gebyrer må dog altid have hjemmel i aftalen. Aftalen må i givet fald præcisere, *hvornår* gebyret forfalder, og *med hvilke* beløb. I erhvervsmæssige låneaftaler vil vilkår herom fremgå af instituttets almindelige forretningsbetingelser.

Gebyrer

3.2.d. Amortisation

Amortisation betyder afvikling af lån. Aftalens regler herom viser omfanget af den ydelse, kreditor (långiver) præsterer til debitor (låntager). I et *stående lån* betales der ikke afdrag i løbetiden. De løbende ydelser består derfor kun af rente og provision. Hovedstolen forfalder herefter fuldt ud ved lånets udløb. I *annuitetslån* betaler debitor både afdrag og rente mv. med samme ydelse gennem hele lånets levetid. En klausul herom kan lyde således:

Begreb

Pantebrevet forrentes og afdrages fra [overtagelsesdagen, f.eks. 1. marts 2016] gennem en fast årlig ydelse på 12 % af hovedstolen, hvoraf 9 % p.a. af det til enhver tid værende beløb er rente, mens resten er afdrag. Ydelsen betales 11/6 termin med kr. [...] Første gang, den 11. juni 2016, betales kr. [...], som udgør forholdsmæssig ydelse for det indtil da skyldte beløb.

Indeksring

Er der aftalt indeksring af et lånebeløb, vil gælden bevæge sig op og ned i takt med stigninger og fald i det valgte indeks (f.eks. et råvareindeks). En sådan låneaftale indebærer samme økonomiske stilling som ved lån i fremmed valuta: Låntager risikerer at skulle tilbagebetale mere, end han har lånt (foruden renten), og långiver at modtage mindre – alt afhængigt af udsvingene i det valgte indeks. Hverken den slags lån eller de indeksobligationer, der har hjemmel i TL § 40a, nyder i dag større udbredelse. De særlige prioritets spørgsmål ved tinglysning af de underliggende fordringer reguleres ved TL § 40b.

3.2.e. Misligholdelse*Problemstilling*

Fordi långiver tager risikoen for låntagers betalingsevne, har långiver interesse i at kunne reagere ved de første tegn på låntagers usoliditet. Derfor finder man et rigt varieret udbud af misligholdelsegrunde, der foruden den egentlige *betalingsmisligholdelse* samt ikke-opfyldelse af særlige *covenants* omfatter talrige andre risiko-påvirkende forhold, f.eks. en meddebitors eller kautionists død, konkurs eller fraflytning fra Danmark, insolvensbegrundede foranstaltninger mod debitors virksomhed, og sikkerheders væsentlige forringelse (som ikke genoprettes). Se herom *Tanja Jørgensen* i Camilla Højby Jensen (red.) *Bankjura, udvalgte emner* (2013), s. 344 ff.

En tilsvarende variationsrigdom ses ikke i aftalepraksis om *långivers* misligholdelse. At der imidlertid kan være sådanne reguleringsbehov, illustreres ved den svenske højesteretsdom i *NJA 1991.217*: Da udbetaling fra en bankkonto først skete to timer efter begæringen, fandtes banken ansvarlig for den heraf følgende forudsebare skade (mistet spekulationsfortjeneste).

Væsentligheds-vurderingen

Vilkår om misligholdelse bør afklare, hvornår långiver (kreditor) skal tillægges hævebeføjelse, dvs. ret til straks at forlange lånet indfriet. Ved almindelige pengelån kan der næppe opstilles nogen almindelig formodning for, at låntagers udeblivelse med en enkelt ydelse indebærer en væsentlig og hævebegrundende misligholdelse. Spørgsmålet har været drøftet i litteraturen, og der er ingen klar linje i retspraksis. Det bør derfor reguleres utvetydigt i aftalen.

Se hertil på den ene side *Lærebog i obligationsret I*, s. 368 f., *Gomard & Iversen* (2009), s. 22 f., der henviser til den almindelige væsentlighedsbetingelse, og på den anden side *Torsten Iversen* i U 1992B, s. 322 ff., og *Lars Hedegaard Kristensen* (2003), s. 419, der ved almindelige pengelån antager en formodning om, at låntagers udeblivelse med en enkelt ydelse indebærer en væsentlig og hævebegrundende misligholdelse. Se fra praksis U 1913.484 H og U 1969.894 V.

Er debitor og kreditor involveret i andre transaktioner end låneforholdet, bør det afklares, om misligholdelse af en anden aftale får retsvirkninger i relation til låneforholdet, og omvendt. Sådanne *cross default*-klausuler (også kaldet klausuler om krydsmisligholdelse) forekommer hyppigt i større erhvervslån og varetager, som fremhævet af *Tamasauskas* (2006), s. 543 ff., to formål. For det første kan de skabe en sammenhæng mellem forskellige led i den samlede kreditgivning, som er afgørende for den samlede finansiering. For det andet tilgodeses långivers interesse i at kunne opsige lånet, når misligholdelsen af det andet lån indicerer manglende betalingsevne.

Cross default

Se også *Henrik Kure* (2015), s. 257 f. En indirekte regulering af sådanne klausuler findes i TL § 42b, stk. 1, nr. 1, der gør pantebrevsvilkår uvirksomme, som giver kreditor ret til at forlange kapitalen indfriet som følge af, at bl.a. forfaldne skatter og afgifter eller forfaldne ydelser til andre panthavere er ubetalte. Se hertil *Bent Iversen m.fl.* (2015), s. 165 f. En variant af den slags klausuler findes i de såkaldte *standstill*-aftaler, hvor flere kreditorer hos samme debitor forpligter sig til ikke at lade deres lån forfalde efter nærmere fastsatte kriterier, f.eks. inden for en bestemt periode.

Dansk rets almindelige regler om forrentning af pengekrav ved forsinket betaling fremgår af renteloven, se lovbekendtgørelse nr. 459 af 13. maj 2014. Lovens § 5, stk. 1, fikserer en fast sats for morarenten svarende til den officielle udlånsrente (den såkaldte referencesats), som Nationalbanken har fastsat henholdsvis pr. 1. januar og 1. juli det pågældende år, med et tillæg på 8 %. Beløbet vil i de fleste tilfælde langt overstige kreditors tab ved betalingsmisligholdelsen, men er indsat for at skabe et stærkt incitament for debitor til at betale til tiden. Satsen følger af di-

Morarente

rektiv 2011/7/EU (art. 2, nr. 6), som umiddelbart kun gælder for visse handelsforhold. Ved implementeringen af det oprindelige direktiv (2000/35/EF) valgte man – for at skabe en enkel retsstilling – at lade satsen gælde generelt, og herunder også i forbrugerforhold.

Modregning

Optræder parterne over for hinanden i forskellige transaktioner skiftevis som debitor og kreditor, bør de afklare deres ret til at *modregne* på tværs af transaktionerne. En sådan ret forbeholder de fleste pengeinstitutter sig. Adgangen til at modregne må altid respektere de retsregler, der gælder for specielle konti, se hertil *Lennart Lynge Andersen: Bank og særlige indlån*, 2. udg. (2008) og samme og *Peter Møgelvang-Hansen: Bankretlige emner – klager over pengeinstitutter*, kapitel 3. Låneaftalerne vil typisk give pengeinstituttet ret til at modregne uanset aftalt opsigelsesvarsel. Fordi en modregning forpligter den kreditor, der modregnes over for (han afskæres måske fra et rentekrav, som han ellers ville have), får den først retsvirkning, når modregningserklæringen er *kommet frem* til kreditor. Der er imidlertid intet til hinder for at fravige denne påbudsregel ved aftale mellem parterne. En sådan fravigelse ses ofte i låneaftaler med pengeinstitutter, der giver pengeinstituttet adgang til modregning uden forudgående meddelelse til kunden. På grund af deres ensidige karakter vil sådanne klausuler imidlertid altid stå i fare for at blive underkendt som urimelige, jf. AFTL § 36.

Tvangsfuldbyrdelse

I medfør af retsplejelovens § 478, stk. 1, nr. 5, kan gældsbreve, der ikke er omfattet af nr. 4, tvangsfuldbyrdes, når det udtrykkeligt er bestemt i dokumentet, at det kan tjene som grundlag for fuldbyrdelse. Det samme gælder for pantebreve; for så vidt angår ejerpantebreve og skadesløsbreve dog kun, når gældens størrelse og forfaldtidens indtræden er erkendt af skyldneren eller klart fremgår af omstændighederne. En sådan tvangsfuldbyrdelsesklausul kan f.eks. blot lyde: “Dette gælds brev kan danne grundlag for udlæg, jf. retsplejelovens § 478.”

3.2.f. Særlige klausuler

Som tidligere fremhævet kan kreditgiver have en interesse i at indbygge særlige typer af klausuler for at sikre lån, der på grund af deres størrelse eller begrænsede (eller manglende) sikkerheder udsætter långiver for særlige risici.

Et væsentligt eksempel herpå er de såkaldte *covenants*, dvs. klausuler, der indeholder særlige forpligtelser for låntager ud over pligten til at forrente lånet og fastholde de etablerede sikkerheder. Pligterne kan enten angå handlinger eller undladelser. Ofte vil de indgå i en samlet pakke, der ikke alene tager sigte på låntagers egne forhold, men også på forholdene hos nærtstående parter (herunder koncernselskaber). Formålet er i alle tilfælde at undgå, at låntager disponerer på en måde, der øger långivers risiko eller forringer den aktivmasse, der ellers skulle anvendes til fyldestgørelse.

Covenants

Oversigtsmæssigt kan man, jf. *Tamasauskas* (2006), s. 391 ff., sondre mellem *information covenants* (hvor låntager løbende pålægges at orientere långiver om forhold, der kan påvirke tilbagebetalingen), *merger control covenants* (der begrænser adgangen til at fusionere), *asset disposal covenants* (der begrænser adgangen til at disponere over forskellige aktiver) og *negative pledge covenants* (der indeholder løfter af den art, der omtales i afsnit 3.6.g.). For en udførlig gennemgang af sådanne klausuler henvises til *Tamasauskas* (2006), kapitel 5, *Henrik Kure* (2015), s. 332 ff., og *Tor Sandsbraaten* (2009), s. 77 ff.

Låneaftalen kan også indeholde vilkår, der sikrer långiveren indflydelse på låntagers virksomhed og på de kontroller, der etableres inden for virksomhedens rammer. Eksempler herpå kan være vilkår om, at långiver skal forlange en *medrevisor* udpeget, at låntager kan forlange et medlem udpeget i låntagers *bestyrelse*, eller at der skal betales en *rente*, der korrigeres i forhold til selskabets overskud eller udbyttebetaling. Ligeledes kan der være klausuler om, at gælden kan forlanges omdannet til *ansvarlig lånekapital* eller *konverteret* til kapitalandele i selskabet. Se nærmere om sådanne vilkår og om de selskabsretlige rammer for deres gyldighed, *Lars Hedegaard Kristensen* (2003), s. 418 f.

*Selskabsretlig
medindflydelse*

En anden hyppigt forekommende misligholdelsesklausul i låneaftaler er den såkaldte MAC-klausul. En sådan klausul fra- viger den risikofordeling, som låneaftaler normalt bygger på, hvor långiver tager risikoen for konjunkturændringer mv. Klausulen giver långiveren ret til enten at nægte yderligere kreditfaciliteter (“draw-stop”) eller at kræve allerede udbetalte lån tilbagebetalt før forfaldstid (“acceleration”), hvis der indtræder en *Materially Adverse Change* i låntagers virksomhed eller i de omkringliggende

MAC-klausuler

økonomiske konjunkturer mv. Som anført af *Henrik Kure* (2015), s. 363, pålægger en MAC-klausul den berettigede en betydelig standpunktsrisiko, når opsigelsen af lånet medfører virksomhedens sammenbrud. Risikoen for et sådant sammenbrud er navnlig nærliggende, hvis MAC-klausulen får virkning for andre låneaftaler i medfør af *cross default*-klausuler heri.

3.2.g. Syndikerede lånetransaktioner

Kendetegn

I lånetransaktioner om betydelige beløb til store virksomheder eller til stater vil *långiver* ofte ønske at dele sin risiko (og de forretningsmæssige muligheder) med andre långivere. Lånetransaktionen gennemføres da ved, at et antal pengeinstitutter etablerer et konsortium, også kaldet et *lånesyndikat*. Initiativet hertil vil typisk udgå fra det pengeinstitut, der har kundeforholdet til låntageren, og som også efter lånesyndikatets etablering skal varetage kundekontakten. De øvrige deltagende pengeinstitutter får herefter til opgave at finansiere deres del af den samlede lånetransaktion. Foruden muligheden for at være med i en måske lukrativ bankforretning kan deltagerne benytte samarbejdet om sådanne lånesyndikater til at bevæge sig ind i nye forretningsområder. Fra *låntagers* synspunkt vil en flerhed af långivere kunne yde mere effektiv rådgivning om og åbne døre til fremmede pengemarkeder.

Former

I et egentligt *lånesyndikat* (eller banksyndikat) træder de deltagende pengeinstitutter frem som sådanne over for låntager med hver deres andel af den samlede lånefinansiering. Låntageren vil altså opleve en flerhed af långivere, der dog optræder ensartet som i et sameje. Alternativt kan transaktionen fremstå som en såkaldt *participation* (eller *sub-participation*), hvorved de deltagende pengeinstitutter optræder som underleverandører i transaktionen med en *lead banker* som umiddelbar aftalepart. Her vil der kun være ét aftaleforhold mellem *the lead banker* og låntageren.

Se nærmere om emnet *Henrik Kure* (2015), s. 284 ff., *Tamasauskas* (2006), s. 269 ff., *Lars Gorton* i Johan Gernandt, Jan Kleineman & Stefan Lindskog (red.): Festskrift til Gertrud Lennander (2010), s. 75 ff., samme i Lennart Lyng Andersen (red.): Videregående kreditret (2008), s. 137 ff., i *European Business Law Review* 2007.313 ff. og i Henrik Juul m.fl. (red.): Vennebog til Lennart Lyng Andersen (2012), s. 147 ff. En

standardaftale for større bilaterale lån og syndikerede lån er udarbejdet af Loan Market Association.

Som nærmere beskrevet i den citerede litteratur rejser syndikerede lånetransaktioner en række problemer, såvel *internt* (i forholdet mellem de syndikerede pengeinstitutter, der med deres forskellige typer af samarbejde med låntager kan have forskellige interesser i transaktionen), som *eksternt* mellem syndikatet og låntager. I et syndikat vil deltagerne underskrive en *co-lender agreement*, der udpeger en af bankerne som fuldmægtig (“agent”) for de øvrige. Foreligger en *participation*, viderefører den bank, der har aftaleforholdet med låntager (the “*lead lender*” eller “*lead manager*”), de enkelte andele i dette engagement til de øvrige deltagende banker. Til at regulere forholdet mellem de deltagende banker indgås en *participation agreement*, som i væsentlige henseender kan sammenlignes med en samejeaftale. Bortset fra de reguleringstemaer, der har at gøre med pligtvirkningen mellem låntageren og syndikatet, er de centrale aftale- og forhandlings-spørgsmål identiske for begge aftaletyper.

Bestemmelsesret

Efter dansk ret er det retlige grundlag for syndikerede lånetransaktioner ikke anderledes end for singulære lån. I et lånesyndikat vil hvert af de deltagende pengeinstitutter som “samejere” træde frem som aftaleparter over for låntageren. Er andet ikke anført i aftalen, vil denne kreds af långivere alene kunne disponere i enighed over for låntageren.

Retsgrundlaget

For at kunne administrere en syndikeret international lånetransaktion må de involverede pengeinstitutter vedtage en procedure, der gør det muligt at *træffe afgørelser* hurtigt og med bindende virkning for hele syndikatet. Her kolliderer effektivitetshensynet med det enkelte instituts ønske om at kontrollere sine låneforretninger. Skismaet kendes fra aftaleforhold om både samejer og interessentskaber. Der kan være behov for mindretalsbeskyttelse eller andre former for “*syndicate democracy*” i kritiske beslutninger om henstand, forlængelse eller indfrielse før tiden, så den slags beslutninger alene kan træffes, hvis alle deltagerne er enige. Ifølge *Kure* (2015), s. 294 f., vil man i syndikerede låneaftaler ofte aftale, at et kvalificeret flertal på 2/3 af långiverne, opgjort efter lånet størrelse, kan vedtage ændringer i aftalen med bindende virkning også for de parter,

Forholdet mellem de involverede banker

der ikke har stemt, eller har stemt imod. Centrale vilkårsændringer, herunder om forhøjelse af lånetilsagn, udskydelse af tidspunktet for tilbagebetaling eller sænkning af rentemarginalen, vil dog normalt kræve enstemmighed.

Spørgsmål af den sidstnævnte art vil ofte blive aktualiseret ved låntagers misligholdelse. Skal kreditgiver *lukke* kreditten og dermed (typisk) låntagers virksomhed (med den følge, at en stor del af udlånet må afskrives)? Eller skal man *udvide* kreditten i håbet om, at låntager overlever krisen og betaler det udlånte beløb (inklusive forhøjelsen) tilbage? Pengeinstitutternes håndtering af den slags spørgsmål beror på modstående hensyn, der indgår i et vanskeligt skøn: Er konjunkturerne for kundens branche gunstige eller dystre? Har man tillid til kunden? Har långiver i forvejen lidt store tab på usikre kreditter? Gør særlige samfundshensyn sig gældende? Dette skøn kan udøves forskelligt i forskellige pengeinstitutter. Da der derfor ofte vil være forskellige holdninger hertil, bør deltagerne i en syndikeret lånetransaktion fastslå klare beslutningsregler herom.

3.2.h. Erhvervsobligationer

En obligation er i gældslovens forstand et *massegælds*brev, jf. GBL § 4, stk. 2. I værdipapirhandslovens terminologi udgør den et *omsætteligt værdipapir*, jf. VPHL § 2, stk. 1, nr. 1, litra b. Hvis den fordring, der sikres ved obligationen, er attraktiv for en investor, fordi kreditrisikoen er lille, renten høj og muligheden for at videresælge obligationen god, vil en låntager kunne opnå en attraktiv finansiering ved at udstede obligationer til omsætning på regulerede markeder. Dette princip har været kendt herhjemme gennem århundreder inden for realkredit.

Ligesom realkreditinstitutter udbyder realkreditobligationer på regulerede markeder (børser mv.), kan erhvervsvirksomheder vælge at udbyde gældsbreve med tilhørende afdragsprofil og forrentning til offentligheden. Som anført ovenfor på s. 119 vil en sådan finansiering kunne yde et supplement til finansieringen fra ejere (*egenfinansiering*), fra leverandører og fra finansielle virksomheder. Erhvervsobligationer udstedt af store og solide virksomheder tilbyder i dag investorerne en effektiv rente, der ligger meget tæt på kursen på stats- og realkreditobligationer med tilsvarende rente- og afdragsprofil. Den effektive rente på den

slags finansielle produkter vil dog altid være en funktion af risikoen for, at virksomheden ikke kan betale (*modpartsrisikoen*). Jo større modpartsrisiko, desto lavere kurs og højere effektiv rente.

Det kan være vanskeligt at skabe køberinteresse for erhvervsobligationer udstedt af mindre erhvervsvirksomheder, navnlig pga. usikkerhed om modpartsrisikoen. Med den ændring af VPHL, der fandt sted ved lov nr. 1613 af 26. december 2013, er der givet nye muligheder for, at også mindre erhvervsvirksomheder kan få glæde af en sådan finansiering ved brug af en slags *syndikeret* obligationsudstedelse. Med det nye kapitel 2a i VPHL kan man således samle obligationer fra flere virksomheder i samlede puljer af erhvervslån (såkaldt *sekuritisering*), hvor relationen mellem investor og debitor varetages af en interessevaretager (*repræsentant*). Denne repræsentant bistår ved udstedelsen af lånet og repræsenterer obligationsejerne, f.eks. i tilfælde af misligholdelse. En samtidig ændring i FIL giver dernæst pengeinstitutter mulighed for at oprette refinansieringsregistre med henblik på udstedelse af obligationer med sikkerhed i sådanne puljer. Loven gennemfører anbefalingerne fra et Udvalg om erhvervsobligationer som finansieringskilde for små og mellemstore virksomheder, der afgav rapport herom i november 2012. De nye regler har dog endnu ikke skabt et marked for sådanne finansieringsinstrumenter. Se om reglerne *Jesper Münther* i ET 2014, s. 57 ff., og *Jesper Kure* (2015), s. 380 ff.

3.3. Kaution

3.3.a. Kendetegn

Et kautionsløfte afgives af en person (kautionisten) over for kautionsløftemodtager (kreditor) og går ud på, at kautionisten påtager sig en pengeskyld, som en tredjepart (hovedmanden/debitor) har eller vil få over for kreditor. Kautionsforholdet er altså et trepartsforhold bestående af debitor, kreditor (hvad enten denne yder et lån eller sætter et gældskrav i bero mod kaution) og kautionisten. *Tredjemands pant* er beslægtet med kaution, men adskiller sig herfra ved, at tredjemands pantsætter ikke står personligt inde for debtors (hovedmandens) fordring. Han hæfter blot med sit pant.

Kautionsløfter kan inddeles efter forskellige kriterier. Er

Begreb

Kautionsformer

spørgsmålet, hvornår kautionsforpligtelsen aktualiseres, sonderer man mellem simpel kaution og selvskyldnerkaution. I *simpel kaution* opstår kautionistens handlingspligt først, når kreditor beviser, at debitor ikke kan betale. I *selvskyldnerkaution* opstår kautionistens handlingspligt, når debitor har misligholdt. Kautionen er *begrænset*, når kautionisten kun indestår med en bestemt del af en fordring (f.eks. halvdelen, også kaldet *delkaution*) eller maksimeret til et bestemt beløb (f.eks. 100.000 kr.). Ofte udformes kautionsløftet som en “alskyldserklæring”, hvorefter kautionisten hæfter for alle hovedmandens mellemværender med kreditor.

Som det gælder for andre aftaler om finansiering, kan et kautionsløfte afgives *oprindeligt*, dvs. samtidig med gældsforholdets stiftelse, *undervejs* i skyldforholdet (f.eks. i forbindelse med en låneomlægning eller kreditudvidelse) eller *efterfølgende* (f.eks. som led i en kreditorordning). Hvor det oprindelige kautionsløfte afgives i håbet om en succesfuld fremtid, afgives efterfølgende kautionsløfter (herunder kautionsløfter, der dækker eksisterende gæld) ofte efter uventede finansieringsbehov, f.eks. for at afværge hovedkreditors konkurstrussel. Kautionisten vil ofte stå hovedmanden nær, enten fordi han ejer hovedmandens virksomhed eller på anden måde er knyttet til den (f.eks. i kraft af familiemæssige bånd). Denne relation udsætter kautionisten for et særligt pres og rejser derfor et beskyttelsesbehov.

Tilrettelæggelse

Kautionstransaktionen indebærer tre retsforhold: Gældsforholdet mellem *kreditor og hovedmanden* og kautionsløftet fra *kautionisten til kreditor* er de to væsentligste og kræver nøje koordination. Ønsker kautionisten at *begrænse* sit kautionsløfte i omfang eller tid, eller at kunne *opsige* det, reduceres kreditors sikkerhed, hvilket påvirker dennes kredit til hovedmanden. Men hertil føjer sig retsforholdet mellem *kautionisten og hovedmanden*, hvis interesser kautionisten tilgodeser med kautionsløftet. Dette retsforhold aftalereguleres i praksis sjældent, typisk fordi der netop er tale om tjenester mellem nærtstående.

Kautionsløftet bør afgives over for kreditor. Dermed vil relationen mellem kreditor og kautionist danne rammen om eventuelle indsigelser vedrørende kautionsløftets gyldighed og fortolkning. Har kautionisten derimod afgivet kautionsløftet over for debitor (hovedmanden), som herefter har videretransporteret det til kreditor, bliver kreditors afledede ret mod kautionisten ikke bedre

end debtors, jf. princippet i GBL § 27. Som udgangspunkt står og falder kautionsforpligtelsen med hovedforpligtelsen. Derfor ophører den, når hovedforpligtelsen erklæres ugyldig – se dog den særlige situation i *U 1968.352 V*, hvor kautionisten vidende om ugyldighedsindsigelsen havde indfriet kautionen uden indsigelse.

3.3.b. Retsgrundlaget

Den retlige regulering af forholdet mellem kautionsløftegiveren og løftemodtageren beror som udgangspunkt på kautionsløftets indhold, som det må forstås i lyset af almindelige aftaleretlige regler og efter de kautionsretlige grundsætninger, der har udviklet sig i retspraksis. I tillæg til disse regler regulerer lov om finansiel virksomhed (FIL) de i praksis talrige kautionsløfter, der afgives over for *pengeinstitutter*. FIL § 47 gælder for sådanne kautionsløfter afgivet i erhvervsforhold og FIL § 48 for kaution uden for samt tredjemandsløfter (jf. § 48, stk. 11). Et kautionsløfte afgivet af hovedaktionæren i et A/S over for virksomhedens pengeinstitut vil være erhvervsmæssig, fordi det må formodes at være motiveret af ønsket om at kunne profitere af selskabet, når finansieringen herefter kommer på plads. Derimod vil et kautionsløfte afgivet af ejerens ægtefælle over for virksomheden være privat, fordi motivationen i højere grad formodes at være ikke-erhvervsmæssig.

Med disse to særregler har lovgiveren ikke alene valgt at regulere en central obligationsretlig retsfigur. Reguleringen er tilmed lagt i en tilsynsretlig ramme, der fraviger det på s. 125 ff. fastslåede udgangspunkt om, at tilsynsreglerne i FIL alene angår retsforholdet mellem det offentlige (Finanstilsynet) og de tilsynsbelagte institutter.

At private kautionsløfter afgivet over for et pengeinstitut til fordel for – og typisk efter anmodning fra – et familiemedlem har givet anledning til retlig regulering, hænger sammen med det førnævnte pres, som kautionisten ofte vil stå i ved afgivelsen: Pengeinstituttet vil kun give kredit, hvis der kautioneres. Står kautionisten hovedmanden nær, og vil hovedmandens livssituation påvirkes stærkt negativt, hvis ikke der gives kredit, bliver kautionistens beslutning skæbnesvanger. Det kan kræve stærk viljestyrke for den potentielle kautionist at sige nej i en sådan situation. Bedrøveligt ofte viser det sig, at kautionen blot mulig-

Pengeinstitutkaution

Privat pengeinstitutkaution

gjorde en fortsat tabsgivende drift, hvis eneste konsekvens – bortset fra værdien af at have været i beskæftigelse i den angivne periode – var en yderligere gældsudvidelse, som nu sker på kautionistens bekostning. Og særligt bedrøvelig bliver situationen, hvis en gennemtvungelse af kautionssløftet medfører en markant ændring af kautionistens livssituation, når også denne for at indfri kautionen må gå fra hus og hjem.

Dette er baggrunden for, at et kautionssløfte, der er afgivet over for pengeinstitutter *uden for erhvervsforhold*, kan tilsidesættes, hvis det står i misforhold til kautionistens økonomi, jf. FIL § 48, stk. 10. Samtidig forbyder stk. 4 i bestemmelsen pengeinstitutter at gøre kautionsforpligtelser gældende for beløb, der overstiger lånets *hovedstol* eller kredittens *maksimum* ved kautionsaftalens indgåelse. Reglerne blev indført i FIL i 2014 ved lov nr. 1490 af 23. december 2014 på baggrund af en anbefaling fra Udvalget om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter. Udvalget havde fundet, at det ville kunne bidrage til klarhed over reguleringen af kautioner, hvis reglerne herom, der tidligere fremgik af god skik-bekendtgørelsen, blev flyttet til FIL § 48.

Oplysningspligt

FIL § 48, stk. 1, pålægger pengeinstitutter en pligt til, inden der indgås aftale om kaution uden for erhvervsforhold i forbindelse med lån eller kreditter, at sikre sig, at kautionisten er tilstrækkeligt informeret om *indholdet* af aftalen og *konsekvenserne* af at påtage sig kautionsforpligtelsen. Sådanne kautionssløfter kan kun indgås skriftligt, jf. stk. 3, og ved afgivelsen skal pengeinstituttet bl.a. give oplysninger om, hvad den konkrete kautionsforpligtelse indebærer, og give en afbalanceret beskrivelse af de risici, der er forbundet hermed. Endvidere skal pengeinstituttet udlevere (1) den seneste årsopgørelse fra SKAT, (2) de seneste tre lønsedler eller (3) det seneste årsregnskab (hvis der kautioneres for en erhvervsdrivendes gæld) for den debitor, hvis gæld kautionsforpligtelsen skal sikre. Disse oplysninger kan selvsagt kun meddeles med samtykke fra debitor. Undlader pengeinstituttet at overholde denne oplysningspligt, kan det kun gøre kautionen gældende, såfremt kautionisten på anden vis har haft et forsvarligt grundlag for at bedømme de risici, der var forbundet med at indgå den, jf. stk. 2.

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, s. 434 ff., har domstolene også før indførelsen af disse regler ofte tilsidesat

kautionsløfter i medfør af AFTL § 36, når kautionserklæringen har været afgivet på et ufuldstændigt grundlag. Denne praksis har fortsat betydning for kautionsløfter afgivet over for andre end pengeinstitutter.

I *U 1994.126 V* kom det kreditor til skade, at kautionisten – der var henholdsvis mor og svigermor til debitorerne – ikke var blevet vejledt om den reelle merrisiko, hun påtog sig ved kautionserklæringen. I *U 1993.949 V* var kautionisten – en 73-årig plejemor – ikke blevet orienteret om et bestående overtræk mv. hos debitor (en stedsøn). Er det faktiske grundlag derimod klarklagt, er den altovervejende hovedregel, at kautionsløftet er bindende. Kautionsløftegiveren kan ikke vente nogen særlig sympati, hvis grundlaget for løftet har været kendt, og hvis årsagen til, at det aktualiseres, hovedsagelig skyldes en uventet forretningsudvikling, se *Grundlæggende aftaleret*, s. 436 f.

Koncipering af kautionsløfter fra private kautionister bør ske i lyset af den fortolkningsstil, domstolene anlægger over for præsumptivt ukyndige aftaleparter. Her spiller det bl.a. ind, at den private kautionist afgiver sit løfte som udslag af gavmildhed og uden modydelse. Ud over pligten til at sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen (en pligt, der for pengeinstitutkaution følger af FIL § 48, stk. 1), bør kautionsløftemodtageren tænde et passende antal advarselslamper ved f.eks. at “ceremonisere” aftaleindgåelsen, så kautionisten forstår, at der er tale om en alvorlig og bindende forpligtelse. Dette kan bl.a. ske ved at affatte kautionsaftalen i et separat dokument, med vitterlighedspåtegning etc. For pengeinstitutkaution fastslår FIL § 48, stk. 3, som en gyldighedsregel, at kautionsløftet “skal udfærdiges på papir eller andet varigt medium for at kunne gøres gældende.”

Fortolkning

U 1952.590 V belyser den fortolkningstvivil, der kan opstå om omfanget af en kautionserklæring. Dommen fandt ikke, at en kaution for en kassekredit var begrænset til at angå lån til den købmandsvirksomhed, debitor ejede, da kautionen blev påtaget. Kautionen kunne derfor videreføres, selvom debitor nu drev landbrugsvirksomhed. *U 1981.8 H* (trykt i uddrag) omhandlede kaution for “et lån stort modværdien i SFrs. af d. kr. 5.000.000”. Kautionen antoges også at omfatte et efterfølgende kurstab

på lånet, der optoges i schweizerfrancs, selvom dette bragte kautionsforpligtelsen op over 5 mio. danske kroner.

*Anden almen
regulering*

I overensstemmelse med den såkaldte “minimumsregel”, der gælder for aftalefortolkning (se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 5.3.b.), anses en kaution, der ikke præciserer sit forfaldstidspunkt, som hovedregel for at være *simpel*. Hæftelse som *selvskyldner* forudsætter en udtrykkelig angivelse heraf, f.eks. med ordene “som selvskyldner”. Trods den teoretiske hovedregel er det praktiske retsliv anderledes. Professionelle långivere vil almindeligvis kræve, at kautionsforpligtelser påtages som selvskyldnerkaution. Enkelte steder i lovgivningen finder man en direkte hjemmel til selvskyldnerhæftelse. Se herved vekselovens § 32 om kaution for en vekselforpligtelse tegnet på selve vekslens, og KMSL § 14, hvorefter kommissionæren hæfter over for kommittenten som selvskyldner for opfyldelsen af aftale, som han for dennes regning har indgået med tredjemand, hvis kommissionæren ifølge aftale, handelsbrug eller anden sædvane står “*del credere*”.

*Oplysningspligt
ved misligholdelse*

Både FIL § 47 og § 48 pålægger pengeinstitutter som kautionssløftemodtagere en række oplysningspligter over for kautionister ved hovedmandens misligholdelse. Reglerne er forskellige, både i varigheden af den misligholdelse, der udløser oplysningspligten (6 måneder i *erhvervsforhold* og 3 måneder for *ikke-erhvervsmæssige* kautioner) og i retsvirkningerne. For begge typer af kautioner medfører den undladte oplysning, at pengeinstituttet fortaber sit krav over for kautionisterne, i det omfang disses regreskrav mod låntageren er forringet som følge af undladelsen (se § 47, 2. pkt., og § 48, stk. 8). Men for den *ikke-erhvervsdrivende kautionist* betyder forsinkelsen, at pengeinstituttet nu kun kan gøre kautionsforpligtelsen gældende for det beløb, som låntagerens gæld *ville have udgjort*, hvis låntageren havde betalt alle ydelser rettidigt indtil det tidspunkt, som ligger 3 måneder forud for meddelelsestidspunktet.

Bortfald

Kautionssløfter gælder som udgangspunkt, så længe gælden i medfør af det underliggende retsforhold består. For ikke-erhvervsmæssige kautionssløfter afgivet over for pengeinstitutter opstiller FIL § 48, stk. 9, dog en særregel, hvorefter kautionssløftet bortfalder efter 10 år, medmindre forpligtelsen forinden er gjort gældende af pengeinstituttet. Ikke-erhvervsmæssige kautioner

onsløfter afgivet til sikkerhed for en pengeinstitutkredit med *variabelt beløb* eller for et lån *uden fast forfaldstidspunkt* bortfalder dog allerede efter 5 år.

Hvis kreditor giver hovedmanden henstand med betalingen, frigøres kautionisten kun i det omfang, kreditor kan godtgøre, at henstanden ikke har forringet fyldestgørelsesmuligheden. Se hertil *Hans Viggo Godsk Pedersen: Kaution*, 11. udg. (2016), s. 75 f., med henvisning bl.a. til *U 1979.168 H*. Hovedreglen fraviges ofte i lånedokumenter, således at kreditor kan give debitor henstand uden samtykke fra kautionister eller pantsættere. Se f.eks. *U 1986.702 Ø*, der opretholdt en sådan klausul. Bestemmelsen fritager dog ikke kreditor for at give meddelelse i medfør af reglerne i §§ 47-48 i FIL. Ifølge § 48, stk. 6, gælder de foran omtalte regler om meddelelsespligt tilsvarende, når pengeinstituttet giver låntageren henstand, uden at kautionisten har givet samtykke hertil.

Henstand

3.3.c. Forholdet mellem kreditor og kautionist

Som udgangspunkt bør kautionssløftet knytte sig så tæt som muligt til den pligt, der kautioneres for. Meningen er jo, at kautionisten i givet fald overtager debitorens forpligtelser, når kautionforpligtelsen aktualiseres. Kautionisten kan dog insistere på, at kautionen *begrænses*, f.eks. til et bestemt beløb. En ikke-erhvervs-mæssig kaution over for pengeinstitutter *skal* begrænses til lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionaftalens indgåelse, jf. FIL§ 48, stk. 4. Det er upraktisk at lade kautionssløftet gentage de temaer, der reguleres i det underliggende retsforhold – i et låneforhold f.eks. forfaldstid, forrentning, indfrielsesperiode, opsigelse etc. Konciperingsmæssigt er den enkleste måde at skrive kautionssløftet på at henvise til hovedforpligtelsen, eventuelt således at kautionssløftet påføres og underskrives på det lånedokument, der udtrykker hovedmandens forpligtelse.

Udgangspunktet

Kautionssløftet bør naturligvis tage stilling til, *hvad* kautionisten hæfter for, herunder hvilke *beløbsposter* (hovedstol, renter, gebyrer, inkassoomkostninger mv.), kautionssløftet omfatter. Er kautionssløftet upræcist, vil også den erhvervs-mæssige kautionist kunne påberåbe sig aftaleretlige fortolkningsregler (minimumsreglen og koncipistreglen, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 5.3.a. og 5.3.b.) med den følge, at der alene hæftes for hovedstolen. Se

Kautionssløftets omfang

hertil *Hans Viggo Godsk Pedersen: Kautionslærebog*, 11. udg. (2016), s. 33 ff., og generelt *von Eyben m.fl.: Lærebog i obligationsret II* (2013), s. 251 ff. I praksis formuleres kautionsløfter ofte som bredt formulerede “*alskyldserklæringer*”, der omfatter “enhver forpligtelse, som hovedmanden nu eller senere måtte få over for kreditgiveren eller over for andre selskaber i den koncern, hvori kreditgiveren indgår”. Som anført ovenfor kan sådanne kautionsforpligtelser ikke gyldigt indgå i ikke-erhvervsmæssige kautionsløfter, jf. FIL § 48, stk. 4.

*Tidsmæssig
udstrækning*

Løfter om kaution bør begrænses, så de alene gælder for forpligtelser *opstået* inden for et bestemt tidsrum, jf. til illustration det fortolkningsproblem, der forelå i *U 2001.1543 H*. Som i bankgarantier kan det også være hensigtsmæssigt at bestemme, at kautionsløftet skal *gøres gældende* inden for en periode, efter at den begivenhed, der udløser kautionen, er indtrådt. Se herved til illustration *U 1994.228 H*, der opretholdt en sådan tidsbegrænsning, uanset at den var indsat uden forudgående forhandling.

*Oprindelige
kautionsforhold*

Hvis kautionsløftet knytter sig til en aftale, der indgås samtidig med kautionsløftets afgivelse, kan det som nævnt være praktisk at lade det fremstå som en påtegning på dette aftaledokument (f.eks. et lånedokument), der blot henviser hertil. Under overskriften “kaution” kan man f.eks. skrive: “For skadesløs opfyldelse af samtlige debtors forpligtelser ifølge nærværende kassekredit-aftale indestår underskrevne som selvskyldnerkautionist(er), en for alle og alle for en.” Hermed vil der alene kunne opstå tvivl, hvis ikke aftaledokumentet fastslår de pligter, kautionsløftet skulle dække. En sådan form for koncipering bør dog kun benyttes, hvis kautionisten har fuldt overblik over sin disposition. Kan der rejses tvivl herom, bør kautionsløftemodtageren som nævnt s. 151 sørge for, at det tændes et passende antal advarselslamper.

Undertiden afgives kautionsløftet, *før* hovedmanden har forpligtet sig. I så fald er der intet aftaledokument at *påtegne*. Kautionsløftet må da afgives på et særskilt dokument, der præciserer dets omfang i henseende til alle de variable, der indgår i hovedmandens løfte. Vil dette løfte indgå i en fremtidig låneaftale, må kautionsløftet f.eks. præcisere lånets hovedstol, afdrag og forrentning samt den forventede etableringsdato.

Konfliktløsning

Det er ikke sædvanligt at optage voldgiftsklausuler i kautions-

løfter. Da kautionisten ofte vil have hjemting – og dermed skal sagsøges – ved et andet værneting end det, der gælder i gældsforholdet mellem hovedmanden og kreditor, kan det være praktisk at vedtage en værnetingsaftale, der kan lette søgsmål om kautionens opfyldelse.

3.3.d. Forholdet mellem kautionist og hovedmand

Som nævnt aftalereguleres retsforholdet mellem kautionist og hovedmanden sjældent i ikke-erhvervsmæssige kautionsforhold. For det første afgives kautionen her i et miljø af tillid og imødekommenhed. For det andet fanger baggrundsretten de væsentligste reguleringsområder.

Hvis kautionisten må indfri kautionen, vil han som udgangspunkt have *regres* mod hovedmanden for sin betaling til kreditor. Med sit kautionsløfte viser kautionisten imødekommenhed over for hovedmanden ved at stå inde for denne, men kautionsløftet er ikke ment som en gave til hovedmanden for indfrielsesbeløbet. Derfor kan kautionisten rette et regreskrav mod hovedmanden, når han har indfriet kautionen, selv om hovedmanden typisk ikke kan ikke indfri det her og nu (havde han haft midler hertil, ville kautionen næppe være aktualiseret). En kautionist, der måtte ønske at sikre sig mod sit tab ved at skulle foretage denne indfrielse, kan indgå aftale om *kontrakautition* med en tredjepart, der indestår kautionisten for dennes tab.

Kontrakautition

Kæstel (1980) foreslår på s. 36 følgende formulering til en bestemmelse om kontrakautition: “Som sikkerhed for prompte og skadesløs betaling af, hvad [hovedkautionisten] måtte komme til at udrede i henhold til den af ham for [debitor] over for [kreditor] ifølge kautionsdokument af... påtagne kaution for... indestår undertegnede [kontrakautitionisten] her ved over for [hovedkautionisten] som kontrakautitionist og selvskyldner.”

Ifølge den fortsat gældende, men sjældent anvendte regel i DL 1-23-15 har kautionistens ret til at *opsige* sit kautionsløfte *over for hovedmanden* med det varsel, der er aftalt i retsforholdet mellem hovedmanden og kreditor. Se herved *Hans Viggo Godsk Pedersen: Kaution*, 11. udg. (2016), s. 61 f. I konsekvens af denne opsigelse skal hovedmanden indfri sine forpligtelser over for kreditor, således at kautionisten kan blive frigjort. Bestemmelsen

Opsigelse

finder alene anvendelse, hvor kautionen er påtaget efter aftale med eller anmodning fra hovedmanden (og ikke f.eks. efter anmodning fra kreditor). Derimod kan kautionisten ikke uden særlig hjemmel opsig sin kautionsforpligtelse over for kreditor. Som anført af *Hans Viggo Godsk Pedersen* a.st. s. 62, vil det efter omstændighederne kunne følge af forudsætningerne ved kautionsaftalens indgåelse, at kautionisten ikke kan påberåbe sig bestemmelsen.

3.3.e. Særligt om samkaution

Begreb

Også kautionsløfter kan misligholdes. Kautionisten kan vise sig insolvent eller betalingsu villig. Kreditors gennemtvungelse af kautionsløftet kan derfor være besværlig og omkostningskrævende og måske i sig selv forbundet med en kreditrisiko. Dette besvær og denne risiko reduceres, hvis flere præsumptivt solide kautionister kautionerer solidarisk eller *pro rata* over for kreditor, eller hvis der etableres en kombination mellem kaution og pant (herunder tredjemandspant). Ved samkaution forstås et sådant kautionsløfte, der afgives af flere kautionister, der kender hinandens kautionsforpligtelser.

Forholdet til kreditor

Forholdet mellem samkautionisterne og kreditor giver sjældent anledning til særlige konciperingsproblemer. Er andet ikke aftalt, hæfter samkautionisterne som hovedregel *solidarisk*, se herved GBL § 61, der henviser til hovedreglen om solidarisk ansvar i GBL § 2. Kreditor opnår da fyldestgørelse, blot én af samkautionisterne er solvent. Er kautionen erhvervsmæssig og afgivet over for et pengeinstitut, bemyndiger hver af kautionisterne ofte hinanden til på de øvrige kautionisters vegne at modtage meddelelser i henhold til FIL § 47 (som også forudsat i denne bestemmelse).

Indbyrdes forhold

Løfter om samkaution nødvendiggør en stillingtagen til samkautionisternes indbyrdes forhold. I mangel af særlig aftale (som f.eks. kan begrundes i den ene kautionists særlige fordel af det underliggende gældsforhold) har samkautionisterne regres mod hinanden, således at de i det endelige regnestykke bærer en ligelig andel af indfrielsesbyrden. Lighedeling kan være mindre hensigtsmæssig, hvor der er stillet både kaution og tredjemandspant. En enkelt dom har dog også i et sådant tilfælde antaget, at der gælder en regel om ligelig fordeling af indfrielses-

byrden, se *U 1961.424 V. Kæstel* (1980), s. 11, foreslår følgende formulering for en kombineret tabs- og selvskyldnerkaution med flere kautionister, der hver begrænser sit ansvar:

“Som sikkerhed for prompte og skadesløs betaling af ethvert tab, som [banken] måtte lide ved en af [hovedmanden] indrømmet kredit, stor kr. x, skriver x, + renter, provision og omkostninger, indestår undertegnede A, B og C herved in solidum, dog at vort ansvar ikke kan overstige de nedenfor ved hvert enkelt navn anførte beløb:

for A: y tusinde kroner

for B: z tusinde kroner

for C: w tusinde kroner

Skulle banken foretrække dette, er den berettiget til at forlange sit tilgodehavende hos [hovedmanden] betalt af os som solidariske selvskyldnerkautionister, idet vi da hæfter som sådanne for betaling af skylden til enhver tid i henhold til kreditten, dog naturligvis ikke ud over de for hver enkelt kautionists ansvar foran fastsatte maksimumsbeløb.

Såfremt kautionisten efter eller uden påkrav fra kreditors side betaler kautionsbeløbet, kan kreditor indsætte dette på en særlig konto til sikkerhed for kreditors tilgodehavende hos [hovedmanden] i henhold til førnævnte kredit.”

3.3.f. Garantier

Som nærmere udviklet i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.4., kan man i en bred betydning karakterisere en garanti som et løfte, hvorved en part pålægger sig en objektiv erstatningsforpligtelse eller en særlig aftaleretligt funderet risiko over for en anden part for et faktisk eller retligt forhold. Når garantien afgives som et finansielt produkt af en part, der indestår kreditor for debtors korrekte opfyldelse af sin pligt (hvad enten denne indeståelse indgår som et enkeltstående løfte eller som et led i transaktionen), kommer garantien til at minde om kautionsløftet. Imidlertid savner sådanne garantier det for kautionsløftet afgørende kendetegn, at forpligtelsen er *subsidiær*. En sådan tredjemandsgaranti er fritstående. Om den udløser betaling, og med hvilket indhold, beror helt og holdent på, hvilke betingelser der er aftalt. Se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.4.c.

I medfør af bilag 1 til FIL, pkt. 5, anses sikkerhedsstillelse og garantier som omfattet af begrebet pengeinstitutvirksomhed. Løfter herom udgør således *finansielle produkter*, som er undergivet lovens tilsynsregulering for pengeinstitutter. Se tilsvarende bilag 2, pkt. 6, om garantier afgivet af kreditinstitutter.

3.4. Finansiell leasing

3.4.a. Kendetegn

Leasingbegrebet

Ved leasing forstås *erhvervsmæssig udlejning*, hvor lejerens (kaldet leasingtager eller *lessee* – med tryk på sidste stavelse) opnår en længerevarende, driftsorienteret (men i sagens natur midlertidig) brugsret til erhvervsløsøre eller fast ejendom, som udlejer (kaldet leasinggiver eller *lessor*) eventuelt er blevet ejer af i kraft af leasingtransaktionen. Som navnet antyder, er konstruktionen ikke en dansk opfindelse. I sin nuværende skikkelse kom leasing først til Danmark i midten af 1960'erne (med DMK-leasing som det første selskab), jf. *Kofoed-Hansen* (1984), s. 22 ff., men som anført af *Schwartz Nielsen & Buus-Nielsen* (2010), s. 13, har transaktionen lighedspunkter med de aftaler om chartring af handelsskibe, der har været kendt i århundreder. Der er i dag tale om en transaktion med generel international udbredelse.

Leasingbegrebet dækker over to vidt forskellige aftaleformer: *Operationel leasing* og *finansiell leasing*.

Operationel leasing

I operationel leasing er der altid kun to parter: Leasinggiver i rollen som "udlejer" og leasingtager i rollen som "lejer". Operationel leasing har ikke til formål at løse leasingtagers finansieringsbehov, men derimod at opnå en tidsbegrænset (typisk korterevarende) faktisk *rådighed* over det leasede. Disse aktiver vil ofte være generisk bestemte, f.eks. køretøjer eller kopimaskiner. Leasinggiver vil ofte være leverandør af det leasede eller koncernforbundet med leverandøren. Når leasinggiver i tillæg hertil påtager sig at *servicere* det leasede på grundlag af særskilte aftaler om vedligeholdelse, taler man om *all in* eller *full service* leasing.

Operationel leasing angår typisk mindre kostbare driftsmidler. Måske ved leasingtager ikke med sikkerhed, om han har brug for det leasede på længere sigt. Leasingkonstruktionen rummer dermed en fleksibel måde at tilpasse produktionsapparatet på. For leasinggiveren er operationel leasing tilsvarende en metode

til at nå et marked, der af forskellige grunde ikke er parat til at købe udstyret.

Aftaler om operationel leasing behandles kort i afsnit 6.2.d. i tilknytning til andre transaktioner, hvis formål det er at afsætte virksomhedens produktion. Disse aftaler omtales ikke videre i nærværende kapitel.

Hovedformålet med finansiel leasing er at give leasinggiver sikkerhed i ejendomsretten til det leasede som grundlag for en *finansiering* af den likviditet, som leasingtager opnår ved leasingtransaktionen. Det finansieringsmæssige element ses dels ved aftalens beregning af *leasingafgiften*, jf. herom s. 168 f., dels ved retsstillingen ved *udløbet af leasingperioden* (grundperioden). I finansiel leasing aftales det typisk, at leasingtageren efter leasinggiverens anmodning skal anvise en køber af aktivet til en på forhånd fastsat pris (eller eventuelt markedsprisen). Er leasingtager selv interesseret i aktivet, vil han selv kunne indtræde som køber. For ikke at give transaktionen lighedstræk med kreditsalg, må ejendomsretten ikke blot gå over til leasingtager uden videre.

Finansiel leasing

Den finansielle leasingaftale kan lette leasingtagers *anskaffelse* (med en tredjeparts medvirken). Sådan er situationen ved både indirekte og direkte leasing, jf. straks nedenfor. Men finansiel leasing kan også anvendes til at stille virksomhedens eksisterende aktiver til sikkerhed for en finansiering, så kun leasingtager og leasinggiver indgår i transaktionen. Dette er formålet med såkaldt *sale and lease back*. Finansiel leasing løser i alle tilfælde et finansieringsbehov for leasingtager: Værdien af det leasede driftsaktiv omsættes til likviditet.

For leasinggiver er formålet med transaktionen at opnå en forrentning af den likviditet, der frigøres til leasingtager, og som tilbagebetales i takt med leasingydelsernes betaling. Likviditeten sikres med *ejendomsretten* til det leasede. I tillæg til disse rent finansielle fordele kan leasinggiver opnå *skattemæssige* fordele ved muligheden for at kunne afskrive på det leasede.

Med bestemmelsen i konkurslovens § 98, stk. 1, nr. 1, har lovgiveren bidraget med elementer til en definition af det finansielle leasingbegreb. Ifølge bestemmelsen er krav på løbende ydelser "ifølge en leasingaftale, der pålægger skyldneren at anvise en køber af det leasede aktiv eller i øvrigt må anses for finansiel leasing" efterstillede, for så vidt angår perio-

den efter dekretdagen, “i det omfang fordringshaveren ikke kan godtgøre, at ydelserne må sidestilles med afdrag.” Bestemmelsen er indført efter forslag fra Konkursrådet, se betænkning nr. 1512/2009, s. 416 ff., for at skabe øget lighed mellem leasingsselskaber og andre fordringshavere. Det anførte sted beskrives den finansielle leasings kendetegn. Ifølge § 1, stk. 2, i standardkontrakten ABL 95 (4. udgave, 2014), der benyttes af brancheorganisationen *Finans og Leasing* (se <www.finansogleasing.dk>) defineres finansiell leasing som “en transaktion, ved hvilken *a.* en part (leasinggiveren) indgår eller overtager en aftale (leasingaftalen) med en anden part (leasingtageren), der giver denne ret til at benytte den leasede genstand (leasinggenstanden) mod betaling af en løbende ydelse (leasingydelsen); *b.* leasinggiver erhverver leasinggenstanden ifølge aftale (købsaftalen) med en tredje part (leverandøren), som er bekendt med, at der er eller vil blive indgået en leasingaftale, eller selv har indgået denne; *c.* leasinggiver hverken vælger, specificerer eller tilforhandler sig leasinggenstanden; *d.* leasingtageren har haft mulighed for at godkende sådanne vilkår i købsaftalen, som er af betydning for hans retsstilling; og *e.* de ydelser, som leasingtageren skal betale eller hæfter for, er således beregnede, at de dækker amortisation af hele eller den væsentligste del af anskaffelsessummen for de leasede genstande. Ifølge hvidvasklovens § 34, stk. 2, jf. § 1, stk. 1, nr. 12, skal udbydere af finansiell leasing registreres hos Finanstilsynet. Registrering er en forudsætning for, at aktiviteten kan udøves.

Indirekte leasing

Ved såkaldt indirekte leasing indgås leasingaftalen med leverandøren, som straks herefter *videretransporterer* sine rettigheder i henhold til aftalen til leasinggiver, som herefter viderefører leasingaftalen med leasingtager i stedet for leverandøren. Leverandøren spiller altså kun en midlertidig rolle som leasinggiver. Leasingkonstruktionen vil som regel være en del af leverandørens pakkedløsning, som tilbyder leasingtager en finansieringsmulighed – i princippet efter samme model som de såkaldt tilknyttede kreditaftaler, der er omtalt i KAL § 20. Se nærmere herom *Schwartz Nielsen & Buus-Nielsen* (2010), s. 15 og 38 ff.

Direkte leasing

Ved direkte leasing optræder leasinggiver vedblivende i rollen som sådan, dvs. allerede ved leasingaftalens indgåelse. Leverandøren tilbyder f.eks. kunden valget mellem at købe eller lease aktivet. En leasingløsning kan da enten gennemføres ved, at leverandøren selv (vedblivende) optræder som leasinggiver, eller ved at leverandøren overdrager det leasede til leasingsselskabet, som herefter leaser det til kunden. Forskellen mellem direkte og

indirekte leasing ligger i, at der ved direkte leasing ikke sker nogen overdragelse af leasingaftalen fra leverandør til leasinggiver, efter at leasingaftalen er underskrevet. Dermed undgår man de komplikationer, der følger af at skulle transportere retigheder og pligter mv.

En særlig variant af leasingbegrebet er den såkaldte flexleasing, der benyttes for biler, der leases enten i erhvervsmæssige forhold eller i forbrugerforhold. Ved flexleasing kan man betale bilens registreringsafgift i rater (såkaldt periodevis betalt registreringsafgift, se herom § 3 b i registreringsafgiftsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 29 af 10. januar 2014). Leasingtageren opnår dermed en lavere månedlig udgift sammenlignet med den, han skulle have afholdt ved ordinært køb på kredit. Aftaler om flexleasing kan enten tilrettelægges som leasing eller som finansiel leasing. Ved operationel flexleasing vil leasingselskabet overtage bilen efter endt leasingperiode, hvis ikke aftalen forlænges. Er flexleasingen finansiel, vil leasinggiver ved aftalens udløb kunne bede leasingtager anvise en momsregistreret køber af bilen, hvis ikke aftalen forlænges. Se herom bemærkningerne s. 164.

Flexleasing

Som nævnt kan finansiel leasing også omfatte aktiver, som leasingtager allerede ejer. Man taler i så fald om *sale and lease back*. Her overdrager leasingtager (som ejer) de driftsmidler, der ønskes leasingfinansieret, til leasinggiver, som herefter leaser det tilbage til leasingtager (som dermed bliver lejer). Ved salget opnår leasingtager en likviditet svarende til købesummen med fradrag af transaktionsomkostninger. Som ved anden finansiel leasing får leasinggiver sit udlån forrentet med sikkerhed i ejendomsretten til det leasede. Hertil kommer muligheden for at foretage skattemæssige afskrivninger på det leasede.

Sale and lease back

Aftaler om finansiel leasing indgås primært med erhvervsdrivende parter på begge sider. Leasinggiver vil som regel være et leasingselskab. Mange af de større leasingselskaber indgår i finansielle koncerner. Alle større pengeinstitutter ejer deres egne leasingselskaber. Ifølge bilag 1 til FIL, nr. 2, sidste led, omfattes også finansiel leasing (men derimod ikke operationel leasing) som udlånsvirksomhed, som et pengeinstitut har tilladelse til at drive, jf. FIL § 7, stk. 1. Derudover finder man en underskov af mindre leasingvirksomheder. Udsigten til at opnå skattefradrag for aktiver, der leases ud, har f.eks. gjort det attraktivt for privat-

Parterne

personer på *ad hoc*-basis at indgå i leasingaftaler (såkaldte 10-mandselskaber, se herom s. 53, petitafsnittet). Undertiden giver sådanne transaktioner anledning til skatteretlig tvivl, se f.eks. *U 1998.1507 H* (finansiel leasingvirksomhed ikke anset som erhvervsvirksomhed i medfør af afskrivningslovens § 30, stk. 1) og *U 2001.556 H* (ikke fradragsret for kommanditist, der ikke kunne anses for ejer af driftsaktivet).

Aftaleindgåelsen

Ofte vil den erhvervsmæssige leasingtager have udtømt andre finansieringsmuligheder, når han indgår aftale om leasingfinansiering. Leasinggiver vælges da efter en vurdering af, hvilken rente og leasingperiode leasinggiver kan tilbyde, samt hvilke omkostninger leasinggiver vil debitere leasingtager for. Disse variable vil bestemme den leasingydelse, der betales. Leasingfinansieringen kan indgå som led i en samlet finansieringspakke, som leasingtagers pengeinstitut har tilrettelagt. Inden for enkelte brancher har leasingfirmaer specialiseret sig i at lease udstyr af en bestemt art, f.eks. forskellige typer af it-systemer.

Leverandør-orienteret leasing

Nogle udstyrsleverandører har selv leasingselskaber knyttet til sig (såkaldt *leverandørorienteret leasing*). Fordelen herved er, at leasinggiver kender det leasedes værdi, hvilket alt andet lige vil give mere træfsikre vurderinger. Som led i aftalen kan leasinggiver have påtaget sig pligt til at vedligeholde det leasede (såkaldt *all in* finansiel leasing). På grund af muligheden for at realisere det leasede efter leasingaftalens ophør kan sådanne leasingselskaber være særligt konkurrencedygtige.

Aftaleindgåelsen

Aftaler om finansiel leasing indgås typisk på grundlag af en *ansøgning* fra kunden (den potentielle leasingtager). Hvordan denne ansøgningsprocedure gennemføres, beror på, hvilken type leasing der er tale om. Ved indirekte leasing vil den blive igangsat af leverandøren, som jo er den oprindelige leasinggiver. Ved direkte leasing af den leasinggiver, leasingtager har valgt. I ansøgningen specificeres den pågældende genstand og dens leverandør. Ansøgningen vedlægges regnskabsmateriale, så leasinggiver kan undersøge det leasedes værdi og leasingtagers soliditet. Herefter foretages en kreditvurdering af kunden svarende til den, der vil blive udført forud for et pengeinstitutlån.

Aftalepraksis

Et antal danske leasingselskaber, navnlig de, der er forbundne med de større pengeinstitutter, er sammen med factoringsselskaber og andre finansielle virksomheder organiseret i brancheor-

ganisationen *Finans og Leasing*, der bl.a. er medlem af den europæiske sammenslutning *Leaseurope*. Finans og Leasing har bl.a. frembragt et sæt almindelige bestemmelser for finansielle leasingaftaler (ABL 95), som der henvises til i det følgende. Disse almindelige vilkår, hvis seneste, 4. udgave, er udsendt i 2014, forudsættes suppleret med en konkret leasingaftale, der præciserer detaljerne om aftalens parter, det leasede, leasingydelsen, leasingperioden og andre almene aftaletemaer. Som anført af *Schwartz Nielsen & Buus-Nielsen* (2010), s. 56, er ABL 95 udfærdiget af den ene part i transaktionen. Det er altså ikke et *agreed document*.

I en større undersøgelse om finansiell leasing har *Göran Millqvist* (1986) gennemgået et stort antal leasingaftaler og konstateret, at de enkelte aftaler ikke adskiller sig væsentligt fra hinanden, se a.st. s. 47 ff. Samtlige leasingfirmaer anvendte standardiserede formularer med ensartet regulering. Aftalerne var forholdsvis detaljerede og indeholdt bl.a. en række af de temaer for den almindelige regulering, der behandles i *Praktisk aftaleret*. I øvrigt minder aftalerne om den aftalepraksis, der gælder i retsforhold med institutionelle investorer. Den svenske Leasingutredningen har med SOU 1994:120 afgivet en omfattende betænkning om Finansiell leasing av lös egendom. Heri stilles forslag til en lov om finansiell leasing, der bl.a. indeholder aftaleretlige regler for parternes retsforhold, og som dermed kan anvendes som kilde til inspiration for den, der ønsker at koncipere en velafbalanceret finansiell leasingaftale. Forslaget er ikke gennemført. *Unidroit* har udarbejdet en konvention om Financial Equipment Leasing (vedtaget i Ottawa i 1988), men Danmark har ikke tilsluttet sig den. Teksten findes på <www.unidroit.org>. Se nærmere *Millqvist* (1986), s. 54 ff. Konventionen regulerer såvel obligationsretlige som tingsretlige forhold, hvorimod skatte- og regnskabsmæssige aspekter er holdt udenfor. Art. 1 heri definerer [finansiell] leasing som en transaktion, der indeholder følgende kendetegn: “(a) the lessee specifies the equipment and selects the supplier without relying primarily on the skill and judgment of the lessor; (b) the equipment is acquired by the lessor in connection with a leasing agreement which, to the knowledge of the supplier, either has been made or is to be made between the lessor and the lessee; and (c) the rental payable under the leasing agreement are calculated so as to take into account in particular the amortisation of the whole or a substantial part of the cost of the equipment”.

Økonomi For leasinggiver giver finansiel leasing mulighed for at forrente den likviditet, hvormed han finansierer leasingtager, med en rente, der typisk ligger over pengemarkedsrenten. Leasinggivers risiko kan opgøres til *købesummen* for det leasede og de hertil hørende *transaktionsomkostninger* (afgifter, eventuelt vurderingshonorar, fragt etc.). Derimod betales de løbende *driftsudgifter* (forsikring mv.) typisk af leasingtager. Investeringen skal være amortiseret og forrentet i leasingperioden (grundperioden) – eventuelt med tillæg af restværdien af den gæld, der overføres fra en tidligere leasingaftale.

Varighed Sammenlignet med andre aftaler om leje af løsøre, kendetegnes finansiel leasing ved, at det leasede stilles til rådighed i en længere periode end sædvanligt i løsørelejerforhold. I denne periode er aftalen typisk uopsigelig, fordi leasingydelsen skal dække genstandens anskaffelsesværdi. Denne periode betegnes som *grundperioden* og udgør rammen for fastlæggelsen af transaktionens økonomi, jf. nedenfor. Varigheden af grundperioden beror på udstyrets forventede levetid. Ved periodens udløb vil det leasede typisk have en *restværdi*, der enten kan realiseres ved, at parterne indgår aftale om en *supplerende leasingperiode* (hvorved transaktionen videreføres på samme måde som operationel leasing), eller ved at leasingtager overtager *ejendomsretten* til det leasede. Da grundperioden ikke vil være længere end aktivets økonomiske levetid, egner leasingfinansiering sig kun for længelevende aktiver, herunder køretøjer, produktionsudstyr, it-systemer, fast ejendom og produktionsanlæg (*plant leasing*).

3.4.b. Forholdet mellem leasinggiver og leasingtager

Baggrundsretten Ved leasing af løsøre gælder den almindelige obligationsrets udfyldende retsregler. Det er klart, som fremhævet af bl.a. *Schwartz Nielsen & Buus-Nielsen* (2010), s. 24, at disse regler må tilpasses transaktionens særlige finansieringsmæssige formål. Disse tilpasninger vil som regel følge udtrykkeligt af de indgåede aftaler (leasingaftalen og aftalen med leverandøren). Derfor er der ikke tale om nogen principiel modifikation af lejeretlige principper, men om en retsstilling bestemt af parternes aftaleregulering. Er der væsentlige mangler ved det leasede, kan leasingtager bringe aftalen til ophør ved ophævelse, jf. f.eks. *U 1974.557 SH*. Her anvendes obligationsrettens almindelige regler om mangler og

forsinkelse, jf. i det hele *Poul Gade* (1997), s. 100 ff. og *Schwartz Nielsen & Buus-Nielsen*, a.st.

For at undgå, at leasingtager rejser mangelsindsigelser vedrørende det leasede, som leverandøren i det endelige opgør bærer risikoen for, vil leasinggiver insistere på en ansvarsfraskrivelse (en såkaldt *cut off*-klausul), hvorefter sådanne krav af enhver art afskæres. I ABL 95 findes en sådan regulering i § 7, stk. 2, hvorefter leasinggiver fraskriver sig ansvaret for ethvert tab, herunder driftstab eller andre følgeskader, som forsinkelse eller mangler ved genstanden måtte udløse hos leasingtager. Ifølge denne bestemmelse skal leasingtager betale leasingydelsen til leasinggiver, når genstanden er leveret, uanset genstandens brugbarhed. Til kompensation herfor overdrager leasinggiver sine beføjelser i forhold til leverandøren (herunder eventuelle garantier) til leasingtager på nærmere bestemte vilkår, der bl.a. indebærer, at leasingtager skal acceptere leverandørens afhjælpning, og at han – hvis denne ikke lykkes – skal tåle det afslag i købesummen, der gives leasinggiver og herefter reguleres i leasingydelsen. En sådan klausul er som udgangspunkt gyldig, jf. *U 1974.415 Ø*.

Cut off

KAL gælder ikke ved finansiel leasing. Dette fremgår af § 3, stk. 1, nr. 5, der holder “leje- eller leasingaftaler, hvor der ikke er fastsat nogen pligt til at købe aftalegenstanden, hverken i selve aftalen eller i en separat aftale” uden for lovens regulering. Med den undtagelse, KAL § 50, stk. 2, gør i relation til § 34, stk. 1, nr. 4 (kravet om mindsteudbetaling), er tilskyndelsen til omgåelse i øvrigt beskeden. KAL § 4, nr. 16, lader også loven gælde for de såkaldte lejekøb, dvs. køb med ejendomsforbehold, “der er betegnet som lejekontrakt, eller hvorefter betalingen i øvrigt fremtræder som vederlag for brug af tingen, såfremt det må antages at have været meningen, at modtageren af tingen skal blive ejer af den”, se f.eks. *U 2002.182 V*. Hvis en leasingaftale ikke opfylder kravene om, at der udtrykkeligt skal være aftalt ejendomsforbehold, må den almindeligvis betragtes som et (usikret) køb på kredit, som omfattes af KBL. Denne rubricering kan have den utilsigtede konsekvens, at leasingtager betragtes som ejer af det leasede og som den part, der skal foretage skattemæssige afskrivninger.

Når en aftale om finansiel leasing involverer fast ejendom, kan den tænkes omfattet af *erhvervslejeloven*. Da denne lovs regler om lejeregulering er præceptive (jf. nærmere § 8 og nærmere lovens

Fast ejendom

kapitel 3) er det væsentligt at afklare, om loven gælder. Praksis herom er usikker.

I *U 1994.330 Ø* ansås en leasingaftale om brug af fast ejendom med bygninger for omfattet af erhvervslejeloven. Tilsvarende fandt Aarhus Byret i *TBB 1998.35*, at en aftale om sale and lease back, trods sammenhængen i dispositioner, kunne lejereguleres efter erhvervslejelovens § 8. Nyere praksis synes dog i højere grad at tage højde for de særlige forhold, der bestemmer lejefastsættelsen i finansiel leasing. Således fandt *U 1999.401 H* efter en helhedsvurdering, at nogle leasingaftaler vedrørende en hotelvirksomhed med hensyn til rettigheder og forpligtelser adskilte sig så væsentligt fra sædvanlige aftaler om erhvervslejemål, at aftalerne faldt uden for erhvervslejeloven. *TBB 2009.493 Ø* anså ikke en aftale om forpagtning af et hotel og koncerthus for så usædvanlig, at den faldt uden for anvendelsesområdet for erhvervslejeloven. Tilsvarende praksis har udviklet sig om forpagtning, se hertil s. 116. Se om spørgsmålet generelt *Halfdan Krag Jespersen* i *TBB 1998*, s. 27 ff., *Karin Laursen: Erhvervslejeret*, 2. udg. (2013), s. 21 ff., *Poul Gade* i *U 1993B*, s. 105 ff. og *Gangsted-Rasmussen* i *U 1995B*, s. 83 ff. Ved *sale and lease back* kan lejefastsættelsen tage hensyn til, at lejerer tidligere har været ejer og bruger af lejemålet, jf. udtrykkeligt lovens § 13, stk. 7. Se hertil *Niels Gangsted-Rasmussen & Michael Holsting: Erhvervslejekontrakten* (2000), s. 89 ff.

Ejendomsret

Fordi den finansielle leasinggivers interesse primært er finansiel, er leasinggivers kreditrisiko i fokus ved aftalereguleringen. Ud over at sikre, at det leasedes *værdi* modsvarer hans krediteksponering ved aftaleindgåelsen og ved leasingperiodens afslutning, må *ejendomsretten* til det leasede sikres (også fordi den giver leasinggiver den skattemæssige afskrivningsret, sml. herved *U 2001.556 H*). Hovedbetingelsen for at anerkende leasinggivers ejendomsret ligger i det ejendomsretlige krav om *udtrykkelighed*. Hvis aftalegrundlaget efterlader tvivl om, hvorvidt der reelt foreligger et kreditsalg eller en pantsætning, vil domstolene ofte nægte at anerkende en separatistret, jf. til illustration *U 2002.182 V*, hvor en lejeaftale, som fandt udtryk i en ordrebekræftelse, ansås som et kreditkøb. Aftalen må derfor også være præcis om, hvilken retsfigur den hviler på. Leasinggivers rolle som ejer og udlejer må træde klart frem, og transaktionen må i øvrigt tilrettelægges, så der ikke opstår risici for, at der er tale om omgåelse af pantsætningsreglerne, hvor sikringsakten er tinglysning i personbogen,

jf. TL § 47. Ligeledes må leasinggiver sikre sig mod, at ejendomsretten undermineres, f.eks. ved at det leasede bygges ind i fast ejendom.

Beskrivelsen af *det leasede* frembyder sjældent problemer. På grund af sin interesse i at kunne håndhæve ejendomsretten til det leasede bør leasinggiver være mere omhyggelig med at præcisere den leasede genstand end i løsørekøb, hvor risikoen for at forveksle det solgte med andre varer ikke udgør nogen trussel mod transaktionen. Ifølge ABL 95 § 2, stk. 2, må “typebetegnelser, fabrikationsnumre og lignende”, der tjener til identifikation, ikke fjernes.

*Aftalens
genstand*

Det er et vigtigt og grundlæggende princip i finansiel leasing, at leasingtager ikke skal kunne rette krav i anledning af mangler eller forsinkelser vedrørende det leasede mod leasinggiver. Leasinggiver er jo ikke inde i billedet som leverandør af en *realydelse*, men kun som leverandør af en *finansiel tjenesteydelse*, der støtter sig på ejendomsretten til det leasede. Da dette princip bryder med udgangspunktet efter dansk rets almindelige regler (hvorefter udlejer bærer ansvar for mangler og forsinkelse mv.), kræver det udtrykkelig aftalehjemmel. At denne regulering er central i aftaler om finansiel leasing, ses allerede i ABL 95 § 1, stk. 2, hvorefter det er et kendetegn ved finansiel leasing, at leasinggiver hverken vælger, specificerer eller tilforhandler sig leasinggenstanden (litra c). Har leasingtager særlige ønsker til sin retsstilling, bør han sikre sig relevante vilkår i købsaftalen (litra d). Central i samme forbindelse er ABL 95 § 7, stk. 1, der forudsætter, at leasingtageren inden leasingaftalens indgåelse selv har udvalgt leasinggenstanden og godkendt leverandør, fabrikat, leveringsbetingelser, specifikationer samt købsaftalens indhold. Central er derfor også ABL 95 § 7, stk. 2, hvorefter leasinggiver ikke hæfter for forsinkelse eller mangler ved det leasede. Mangler skal gøres gældende mod leverandøren (§ 7, stk. 3).

*Kvalitetskrav
mv.*

Man kan diskutere, om dette udgangspunkt kan fastholdes i en situation, hvor den underliggende aftale mellem leverandøren og leasingtageren rammes af en ugyldighedsgrund. Som antaget ved *U 2013.2041 H* må dette spørgsmål behandles efter almindelige ugyldighedsregler. I sagen var den leasingværdi, der lå til grund for en finansiel leasingaftale, over 200 gange højere end listepriisen for det leasede. Leasinggiver fandtes

vel ikke at have udvist svig, men leasingtager burde have hæftet sig ved den høje pris og foretaget undersøgelser, der kunne have afdækket de anvendte ulovlige metoder. Som følge heraf fandtes det urimeligt og i strid med redelig handle måde at gøre aftalen gældende efter sit indhold, jf. AFTL § 36. Dommen efterlader dermed leasinggiver med en vis undersøgelsespligt. Den er kommenteret af *Morten Schwartz Nielsen og Natasja Kristiansen* i ET 2014, s. 159 ff., der bl.a. henviser til utrykt retspraksis, der efter forfatternes opfattelse ikke stiller helt samme krav til leasinggivers undersøgelsespligt.

Brugsretten

Det er et essentielt led i en leasingtransaktion, at leasingtager kan *anvende* det leasede i sin produktionsproces. Derfor må han sikres en ejers faktiske rådighed over det leasede, f.eks. som en benyttelsesret svarende til “en almindelig erhvervsmæssig brug af genstande af den pågældende art.” ABL 95 § 3, stk. 1, giver leasingtager en almindelig ret til at anvende det leasede i sin erhvervsvirksomhed, men knytter hertil den yderligere betingelse i stk. 2, at det leasede ikke må fjernes fra leasingtagers forretningssted, medmindre genstandene efter deres art forudsætter skiftende benyttelsessted (f.eks. et køretøj). Leasingtager bør dog begrænses i retten til at foretage visse handlinger, der enten kan udsætte det leasede for skader eller vanskeliggøre retsforfølgningen i det. Ligeledes bør leasingtager afskæres fra at *disponere retligt* over det leasede, ligesom han må have pligt til at orientere om rette ejerforhold, hvis tredjemand begærer retsforfølgning heri. Bl.a. for at sikre overholdelsen af disse regler har leasing-selskabet typisk ret til at *besigtige* det leasede.

Leasingydelsen

Leasingydelsen beregnes ved at dividere anskaffessummen, jf. nærmere herom straks nedenfor, med grundperiodens længde (typisk målt i måneder) og korrigeret med størrelsen af den rentesats, parterne har lagt til grund for finansieringen. Enten betales en fast leasingydelse som en regelmæssig månedvis eller kvartalsvis ydelse, eller også varieres ydelsen over et indeks eller en rentesats, jf. i det hele udredningen i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.3.c. Aftales en variabel ydelse, bør størrelsen ved aftaleindgåelsen fastslås i aftaledokumentet. Dernæst må det præcist angives, hvorledes ydelsen reguleres (sml. ovenfor s. 136 f. om officielle rentesatser). Betales ydelserne månedligt, kan det være hensigtsmæssigt at sætte en *margin* for, hvornår ændringer i den valgte rentesats skal påvirke leasingydelsen. Er det leasede indkøbt i en

fremmed valuta uden kurssikring, vil leasinggiver typisk insistere på at binde leasingydelsen til kursændringer i den pågældende valuta.

Det kendetegner finansiell leasing, at leasingtager ikke kan opsigte aftalen i leasingperioden (*grundperioden*), hvor hele leasinggivers investering (betaling af leasingydelserne) jo forventes amortiseret. En opsigelsesret for leasingtager inden for denne periode bør i givet fald sikre leasinggivers forventede forrentning af den investerede kapital. Opsigelse vil ofte forekomme som led i en genfinansiering af leasingaftalen, hvor der – f.eks. i forbindelse med indkøb af andet udstyr – sker en samlet, ny aftaleregulering.

Opsigelse

Leasingtager vil typisk være interesseret i en lang grundperiode med heraf følgende lavere månedlige ydelser, hvis ellers det leasede aktiv har en økonomisk levetid af mindst samme udstrækning. Hensynet til leasinggivers sikkerhed taler for en grundperiode, der svarer til aktivets økonomiske levetid. Ikke sjældent vil det leasede savne værdi, når aftalen ophører. Fordi omkostningerne ved at nedtage og returnere det leasede kan synes ganske nyttesløse, hvis aktivet reelt er værdiløst efter grundperiodens afslutning, kan det være fristende at vedtage, at leasingtager blot kan beholde det leasede. En sådan regel bør dog ikke vedtages, da den kan efterlade tvivl om, hvorvidt der reelt foreligger et salg med den følge, at retten til at afskrive på aktivet ligger hos "leasingtager".

Misligholdelse med betaling af leasingydelsen vil ofte indicere, at leasingtager er på svage fødder. Som i låneforhold vil leasinggiver ved væsentlig betalingsforsinkelse typisk have ret til at hæve aftalen og kræve erstatning for sit tab, herunder udgifter, som leasinggiver måtte have afholdt. Parternes lånemellemværende skal herefter opgøres efter et princip, hvorefter de ikke-betalte leasingydelser "*tilbagediskonteres til nutidsværdi*" efter et princip, som indebærer, at værdien af de ikke-forfaldne ydelser korrigeres for inflation og forrentning. Leasinggiver skal jo ikke have *rente* for en kredit, der ikke er ydet (når leasingydelserne forfalder til betaling nu), og omvendt har det beløb, der betales nu, i et samfund med inflation en højere købekraft end beløb til senere betaling. At dette princip står fast, er lagt til grund i *U 2005.3325 H*. Her antog Højesteret bl.a., at størrelsen af

Misligholdelse

ydelse og længden af aftaleperioden ved leasingaftalens indgåelse var blevet fastsat således, at leasinggiver gennem leasingtagers betaling af ydelserne ville opnå dækning for afdrag og forrentning af købesummen for det leasede, og at leasingtager måtte være klar over denne sammenhæng mellem størrelsen af ydelserne og løbetiden. Leasingtager måtte derfor også indse, at en adgang til efter to år at få nedsat den aftalte kvartalsmæssige ydelse forudsatte en modsvarende forlængelse af aftalens løbetid.

De beløb, leasingtager herefter skal betale (og som både indbefatter forfaldne leasingydelser og de leasingydelser, der endnu ikke er forfaldet), er i ABL 95 § 15 anført således:

- “a Alle forfaldne ubetalte leasingydelser samt andre skyldige ydelser med tillæg af renter og omkostninger.
- b. Alle ikke forfaldne leasingydelser for den resterende leasingperiode tilbagediskonteret til nutidsværdi.
- ...
- c. Den ved leasingperiodens udløb forventede restværdi af de leasede genstande tilbagediskonteret til nutidsværdi.
- d. Erstatning for yderligere tab, leasinggiver måtte lide som følge af leasingtagers misligholdelse og/eller leasingaftalens ophør før udløbet af leasingperioden.
- e. Morarenter med 2 % pr. påbegyndt måned af det beløb, leasingtager i medfør af pkt. a-d bliver leasinggiver skyldig fra opgørelsesdagen at regne, indtil betaling sker eller godskrivning sker, jfr. nedenfor.

Leasinggivers krav reduceres med det nettobeløb, leasinggiver opnår enten ved fornyet udlejning af de leasede genstande for den resterende del af leasingperioden, ved salg af de leasede genstande eller ved udbetaling af forsikringssummen eller tilbagebetaling af købesummen. Overstiger det beløb, der indvindes herved, leasinggivers krav, kan det overskydende beløb ikke kræves udbetalt. Kan de leasede genstande ikke sælges eller genudlejes inden fire uger efter, at disse er stillet til leasinggivers disposition, kan leasinggiver ved opgørelsen lægge den nettosalgssum til grund, som en af retten ved leasinggivers værneting udmeldt vurderingsmand måtte anslå, at de leasede genstande kan indbringe ved salg, eller lade disse bortsælge ved auktion.”

Problemerne herom er ganske komplicerede og skal ikke forfølges yderligere her. Se hertil *Schwartz Nielsen & Buus-Nielsen* (2010), s. 248 ff., *Mads Gierding* i U 1984B, s. 117, *Klaus Søgaard*

i U 1984B, s. 79, og *Henrik Teide* i U 1989B, s. 428 ff. Sådanne klausuler kan efter omstændighederne blive genstand for konkursregulering, se hertil *U 1983.813 Ø* (der tillod opsigelse før udløbet af en uopsigelig grundperiode på 72 måneder), men herimod *U 1981.339 V* (hvor der ikke kunne konkursreguleres efter uopsigelighed på 63 måneder). Spørgsmålet behandles indgående hos *Kim Sommer Jensen: Konkursregulering* (2000), s. 229 ff. Det kan bidrage til vanskelighederne ved at skabe overblik over det økonomiske opgør, at leasingtager betaler en del af leasingvederlaget ved at give et tidligere leaset aktiv i bytte, se hertil *U 2012.177 H*.

Under den typisk langvarige brug vil det leasede være udsat for slitage mv. Derfor vil leasingtager skulle forpligte sig til at vedligeholde det leasede, så det til enhver tid er i god og brugbar stand og ikke udviser anden forringelse end, hvad der følger af almindeligt slid og ælde, jf. ABL 95 § 9, stk. 1. Vedligeholdelsen skal ske i overensstemmelse med leverandørens instruktioner, se hertil afsnit 5.5. om teknisk vedligeholdelse. ABL 95 § 10 bestemmer også, at leasingtager “bærer risikoen for leasinggenstanden og brugsretten fra aftalens indgåelse og frem til det tidspunkt, hvor genstanden på rette måde er leveret tilbage til leasinggiver”. Hvis genstanden ødelægges eller forringes – uanset af hvilken årsag – skal leasingtager straks underrette leasinggiver herom. Hvis genstanden kan repareres, påhviler det leasingtager for egen regning at istandsætte denne. Hvis genstanden ikke kan repareres, ophører leasingaftalen, hvorefter parternes mellemværende opgøres efter reglerne i § 15.

Vedligeholdelse

Ifølge DL 5-8-1 er *låntager* objektivt erstatningsansvarlig over for långiver for skader på brugslånte genstande. Reglen er begrundet med, at låntagers brug sker i egen interesse og uden vederlag til långiver. Ved leasing, hvor der svares vederlag for brugen, gælder derimod en almindelig culperegulering, se hertil *Poul Gade* (1997), s. 65 f., og *Lærebog i obligationsret I*, afsnit 4.3.d. Denne regel vil leasingaftalen normalt fravige, så leasingtager både bærer ydelses- og vederlagsrisikoen, jf. *Kofoed-Hansen* (1984), s. 117. Dermed stilles leasinggiver på samme måde som en pantaver. Da det leasede normalt vil være forsikret, er leasingtagers risiko herved ikke urimeligt byrdefuld. Stillingen er formentlig anderledes i aftaler om operationel leasing, se herom afsnit 6.2.d.

Forsikring

Leasinggiver har som ejer en interesse i, at det leasede er forsikret mod bortkomst og beskadigelse mv. I finansiel leasing aftales derfor normalt, at leasingtageren har pligt til at *skadesforsikre* det leasede. I ABL 95 § 11 er forsikringspligten udstrakt til også at gælde det *ansvar*, leasingtager som bruger eller leasinggiver som ejer måtte pådrage sig ved brug af det leasede. Leasinggiver kan kræve finansieringsdeklaration (leasing) noteret for leasingtagers regning.

Købsret

Fordi et finansielt leasingaktiv sjældent har nogen markedsværdi ved aftaleudløb, vil det være i begge parter interesse, at leasingtager til den tid kan erhverve aktivet på favorable vilkår. Derfor vil leasingaftalen ofte indeholde en *option* for leasingtager til at købe det leasede (og i særlige tilfælde andre genstande, som leasinggiver udbyder) til en nedskreven værdi. Se om optioner, *Praktisk aftaleret*, afsnit 1.3.d. Giver optionen leasingtager ret, men ikke pligt, til at købe, bør der ingen ejendomsretlige eller skatteretlige problemer være, medmindre den betaling, der forfalder ved optionens udnyttelse, er rent symbolsk. I så fald *kan* optionen opfattes således, at ejendomsretten overgår automatisk. En *købspligt* (“put option”) indebærer ikke, at køber nødvendigvis bliver ejer, hvis det er op til ejeren (leasinggiver) at gøre den gældende.

Optionen bør præcisere betalingen for det leasede. Nært beslægtet med optionsaftalen er en aftale om, at leasingtager kan forlænge leasingperioden mod betaling af *nedsat leasingydelse*.

3.4.c. Forholdet mellem leverandør og leasinggiver

Udgangspunktet

Leasinggiver anskaffer det leasede ved en købsaftale, der som hovedregel må aftalereguleres på samme måde som ethvert andet køb. I praksis tilrettelægges aftaleforholdet dog sådan, at leasingtager udpeger det leasede og forhandler aftalens detaljer på plads med leverandøren, hvorefter leasingselskabet kommer på banen som køber af aktivet (direkte leasing), eller ved at leverandøren indgår leasingaftalen og transporterer den til leasingselskabet (indirekte leasing). Ved indirekte leasing må parterne sikre, at leasinggiver har ret til at videreoverdrage det leasede til leasingtager. Dette kan f.eks. være problematisk, hvis transaktionen involverer en licensret, der ifølge immaterialretlige regler ikke kan videreoverdrages, se f.eks. ophavsretslovens (OPHL) § 56,

stk. 2). Og hvis ikke rettighedshaveren har givet samtykke til leasingtransaktionen, vil softwarelicenserne ofte forbyde videreoverdragelse, se om samme problem afsnit 5.2.c. om *administrativ outsourcing*.

Ifølge KBL § 51 skal handelskøberen foretage sådan undersøgelse, som ordentlig forretningsbrug kræver, når salgsgenstanden er leveret, eller en aftalt udfaldsprøve er kommet ham i hænde. Denne pligt, der sanktioneres ved beregningen af den køberetlige reklamationsfrist, bør placeres hos leasingtager, som jo er den eneste, der har forudsætninger for at kunne udøve den, jf. *Kofoed-Hansen* (1984), s. 39. Derfor aftales det typisk, at leasingtager ved modtagelsen skal besigtige det leasede på samme måde, som hvis der var tale om et køb, og afgive reklamation, hvis besigtigelsen afslører fejl.

KBL § 51

3.4.d. Forholdet mellem leverandør og leasingtager

Som udgangspunkt består der intet retsforhold mellem leverandøren og leasingtager. Isoleret set er leasingtager et efterfølgende led (C) i en omsætningskæde, der har leverandøren som oprindelig erhverver (A) og leasinggiver som efterfølgende erhverver (B). I praksis vil dette udgangspunkt dog ofte være modificeret ved aftale mellem A og C (f.eks. hvorved A leverer vedligeholdelse til C) eller i kraft af transporterklæringer, hvorved B transporter sine mangelskrav på A til C.

Udgangspunktet

Uden særskilt aftale mellem leverandøren og leasingtager kan leasingtager som udgangspunkt ikke rejse krav mod leverandøren i anledning af mangler. De uskrevne retsgrundsætninger, der gælder for direkte krav, giver dog grundlag for undertiden at fravige dette udgangspunkt, se *U 1974.415 Ø* og *U 1984.1032 Ø*, og generelt herom *Lærebog i obligationsret I*, afsnit 9.3.a., *Poul Gade* (1997), s. 88 f., og *Vibe Ulfbeck* (2000), s. 359.

Direkte krav

For at skabe klare retningslinjer herfor bør leasinggiver udtrykkeligt give leasingtager mulighed for at rejse indsigelser over for leverandøren, se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.4.d., om leverandørgarantier. Som udgangspunkt kan en partsgaranti videreføres fra A til den senere erhverver C. Særlige omstændigheder kan dog afskære denne mulighed, f.eks. hvis sælger leverer ydelsen under bestemte forudsætninger om, hvilken senere erhverver der vil benytte det leasede. Leasinggiver kan altid rejse krav ifølge

Indsigelser

købsaftalen med leverandøren efter anmodning fra leasingtager. Ulempen herved er, at leasinggiver tvinges til at foretage sig noget aktivt. Forholdet kan derfor hensigtsmæssigt reguleres ved en såkaldt *back-to-back*-garanti, jf. omtalen sammesteds.

Uden særlig aftale mellem leverandør og leasinggiver kan leasingtagers adgang til at rejse krav mod leverandøren baseres på forskellige retsfigurer. Selv i mangel af aftale vil man ofte kunne indfortolke en *fuldmagt* fra leasinggiver til leasingtager om at gøre køberetlige beføjelser gældende mod leverandøren *på leasinggivers vegne*. Leasinggiver kan efter denne betragtning anses for stiltiende at have transporteret sådanne krav til leasingtager.

3.5. Factoring

3.5.a. Kendetegn

Begreb

Aftaler om factoring går ud på, at en virksomhed (“klienten”) overlader (typisk alle) sine kortfristede fordringer hidrørende fra sin omsætning til en anden part (et factoringsselskab, også kaldet *factor*), som oppebærer et vederlag herfor og herefter inddriver fordringerne. Transaktionen kan gennemføres efter flere metoder. Grænsedragningerne mellem de forskellige metoder er ikke knivskarp.

Fakturabelåning

Den ene variant består i, at factoringsselskabet yder klienten et *lån* med sikkerhed i de tilgodehavender, der fremgår af klientens fakturaer (fakturabelåning). Her sker der en *pantsætning* af klientens debitorporteføje, der i aftaleperioden gør klientens kunder til factoringsselskabets debitorer. Kreditgiver i en sådan transaktion vil ofte være låntagers almindelige pengeinstitutforbindelse.

Overdragelse

Den anden variant består i, at factoringsselskabet erhverver klientvirksomhedens debitorporteføje til eje og afregner værdien her til fuld og endelig afgørelse. Den sidstnævnte ordning, som ikke er den typiske, kan eventuelt suppleres med en kaution fra klientvirksomheden, som dermed indestår for fordringerne.

Økonomi

I begge tilfælde forudsætter transaktionen, at factoringsselskabet sætter denne opgave i system. Da enhver debitorporteføje vil rumme uerholdelige fordringer, vil factoringsselskabet indkalkulere risikoen for, at fordringer viser sig værdiløse, i det vederlag, der udbetales ved overdragelsen, og i kreditrenten for

factoringselskabets lån til klienten. Derudover beregner factoringselskabet sig normalt et gebyr for etablering af aftalen samt for visse tjenester, såsom fremsendelse af kontoudtog mv. Da der altid vil være startomkostninger, giver factoring kun mening, hvis der er tale om en vis portefølje – typisk mellem 3 og 5 mio. kr., jf. *Lars Hedegaard Kristensen* (2003), s. 149. Se om factoring *Lars Hedegaard Kristensen* (2003), kapitel 4, *Bent Iversen m.fl.* (2015), s. 551 ff., *Nis Jul Clausen & Camilla Hørby Jensen: Sikkerhed i fordringer*, 7. udg. (2014), s. 79 ff., *Berning: Finansieringsret* (1977), s. 210 ff., der bl.a. skitserer begrebets historiske udvikling, og *Jens Edvind Andreassens* norske doktorafhandling, *Factoring-pant* (1990).

For klientvirksomheden ligger fordelene ved factoring dels i den *finansiering*, der opnås, når factoringselskabet betaler virksomheden for fordringerne, dels i den *administrative lettelse* ved at administration og inddrivelse nu overtages af factoringselskabet. Dette sidste element giver transaktionen et præg af *outsourcing* af de funktioner, der har at gøre med debitorbogholderi, korrespondance, forhandling med kunder om afdragsordninger, inkasso mv., se herom afsnit 5.2.c. om administrativ outsourcing. Kan factoringselskabet varetage denne opgave mere effektivt end klientvirksomheden, giver transaktionen begge parter værdi. Hertil kommer den lettelse for klientvirksomheden, der kan ligge i ikke at skulle stå for det ubehagelige arbejde med at gennemføre rykkerprocedurer mv. over for kunder.

Begrundelse

3.5.b. Retsgrundlaget

Den retlige ramme for factoring findes i GBL's regler om overdragelse af simple fordringer til *eje* eller *pant* (sikkerhed). Den typiske ordning går ud på, at fordringerne overdrages til *sikkerhed* for det forskud, der betales ved deres overdragelse til factoringselskabet. Indgår fordringerne ikke, er risikoen derfor klientvirksomhedens – ikke factoringselskabets. Factoringselskabet forbeholder sig dermed regres mod klientvirksomheden, såfremt debitor ikke kan eller vil betale fordringen, eller hvis debitor fremsætter indsigelser eller foretager modregning.

Overdragelse til sikkerhed

Overdrages fordringerne til *eje*, tager factoringselskabet risikoen for debitorens betalingsdygtighed. Rejses der derimod indvendinger mod *pligten* til at betale, vil factoringselskabet tilbageføre

Overdragelse til eje

fordringen til klientvirksomheden. Meningen er ikke, at factoringsselskabet skal bære risikoen for, at aftalegrundlaget bag fordringen er i orden. Dette stemmer med den almindelige regel i GBL § 9, hvorefter overdrageren af et gælds-brev til eje eller pant indestår for, at fordringen består. Se som eksempel herpå *U 2012.2081 H*, hvor overdrageren af en leasingaftale fandtes at indestå for, at det leasede eksisterede, og *U 2014.116 H*, der i en tilsvarende situation fastslog hævebeføjelse. Efter GBL § 10 kræves derimod særlig aftale, for at factoringsselskabet kan rejse regreskrav mod klientvirksomheden ved debtors manglende betalingsevne.

En væsentlig del af factoringaftalens problemer har at gøre med gennemførelsen af de sikringsakter, der skal sikre factoringsselskabet mod dobbeltoverdragelser fra klientvirksomheden og give factoringsselskabet separatistret over fordringerne i en situation, hvor klientvirksomheden er gået konkurs. Denne sikringsakt består i en *denunciation* til debitor (kunden), jf. GBL § 31. Uanset hvad der i øvrigt er aftalt mellem klientvirksomheden og factoringarrangementet, er meddelelsen til debitor om, at fordringerne er overdraget til factoringsselskabet, central for factoringsselskabets sikkerhed. Retspraksis har opstillet en række vidtgående krav til denne meddelelses klarhed, jf. nærmere *Bent Iversen m.fl. (2015)*, s. 487 f., bl.a. med omtale af dommen i *U 1977.636 H*, hvor erklæringen var indeholdt i en papfolder, der som følge af sin lighed med en reklametryksag ikke besad den fornødne klarhed og tydelighed. I *U 2008.1473 Ø* fandtes en e-mail ikke at opfyldte kravene til *denunciation* efter GBL § 31, idet det ikke fremgik, at der var sket en endelig og uigenkaldelig overdragelse af A's krav mod B til C.

3.5.c. Transaktionens tilrettelæggelse

I en factoringtransaktion indgår flere aftaleretlige instrumenter: En *basisaftale* mellem factoringsselskabet og klientvirksomheden, et antal *overdragelseserklæringer* afgivet af klientvirksomheden til kunderne, et antal løbende – forudgående eller efterfølgende – *kundeforhold*, og et antal *denunciationer*. Ofte gøres klientvirksomhedens kunder allerede ved indgåelsen af kundeforholdet bekendt med, at kunderne skal betale de løbende ydelser til factoringsselskabet. Factoring er et finansielt produkt og udbydes ofte af virksomheder, der opererer i nær forbindelse med pengeinstitut-

ter. Derfor vil aftaleforholdet bære præg af pengeinstitutternes aftalepraksis og ofte baseres på adhæsiionskontrakter.

Basisaftalen mellem klienten og factoringselskabet indeholder de finansielle aftalevilkår, herunder om den *rente*, som klientvirksomheden skal betale for det lån, der etableres ved forskuddets udbetaling, henholdsvis ved eventuelle overtræk (f.eks. opstået som følge af uventet store debitorstab). Det løbende mellemværende mellem factoringselskabet og klientvirksomheden dokumenteres i et antal konti. I én konto – *lånekontoen* – debiteres de beløb, klienten låner hos selskabet, og kontoen krediteres de beløb, der indgår fra debitorerne. Dernæst vil factoringselskabet føre *kundekonti* for de enkelte debitorer. Se nærmere herom *Hedegaard Kristensen* (2003), s. 160 ff.

Hermed genopstår en række reguleringstemaer af den slags, vi kender fra almindelige låneaftaler: Hvornår sker udbetaling af forskud på fakturaer? Svaret her er almindeligvis, når factoringselskabet modtager fakturaen. Hvilke kontoudtog fremkommer der, herunder med oplysninger om enkelte klienttilgodehavender og disses sammensætning? Skal kunden betale for at modtage kontoudtog? Hvorledes valideres indgående beløb? Har factoringselskabet ret til at ændre rentesatsen, og med hvilket varsel skal dette da ske? Skal klientvirksomheden løbende afgive regnskabsoplysninger? Foruden disse velkendte bestemmelser kan basisaftalen indbygge yderligere aftaleemner af den slags, der kendes fra andre finansieringstransaktioner, f.eks. yderligere sikkerhedsstillelse eller *negative pledges*.

Selvom factoringselskabet har *regres* mod klientvirksomheden for fordringer, der ikke viser sig solide (hvilket normalt vil være tilfældet, hvis fordringerne alene overdrages fra klientvirksomheden til factoringselskabet til sikkerhed for dettes finansiering), kan denne regresret være uden værdi, hvis klientvirksomheden er på svage fødder. Derfor betinger factoringselskabet sig typisk en grænse for belåningen mv., f.eks. 75 % af fordringernes pålydende. Grænsen betyder, at *restbeløbet* først afregnes af factoringselskabet til klientvirksomheden, når debitor har betalt. Ligeledes aftales det ofte, at kundefordringer, der ikke betales inden for visse frister, udgår af betalingsunderlaget og tilbagetransporteres til klientvirksomheden. Ligeledes vil klientvirksomheden påtage sig pligt til kontant indbetaling, hvis maksimum overskrides.

1. Basisaftalen

Afhængigt af factoringselskabets risiko i transaktionen, vil aftalen udpege visse typer af fakturaer, der ikke kan belånes, fordi de ikke repræsenterer noget gennemtvungeligt retskrav (hertil hører f.eks. transaktioner, der kan have karakter af *proforma*), eller som angår debitorer, der bestrider – eller må forventes at bestride – deres betalingspligt. Factoringselskabet vil dernæst betinge sig, at den leverance, fakturaen dækker, ikke angår leverancer solgt *pr. efterkrav* (som netop betyder, at kunden betaler for varen, når den leveres, og dermed ikke efterlader en fordring) eller *kommis-sionskøb* (som giver kommissionæren en særlig sikkerhedsret, jf. KMSL §§ 32 ff.). Ligeledes kan klientvirksomheden påtage sig ikke at levere varer til kunder, der har *modregningsret*.

2. Overdragelseserklæringen

Det andet instrument er de *overdragelseserklæringer*, klienten løbende afgiver til factoringselskabet. Overdragelseserklæringerne præciserer de overtagne fordringer. Denne præcisering er afgørende for factoringselskabets udbetalinger til klientvirksomheden. Derfor vil factoringselskabet normalt stille krav til deres indhold og håndtering. F.eks. kan det være aftalt, at erklæringen først afsendes, når den ydelse, der begrundes kundens betaling, er præsteret. Erklæringen bør angive kundenummer og fakturanummer ved sin indbetaling. Overdragelseserklæringerne indeholder derimod ikke den denunciation, der medfører, at kunden kun med frigørende virkning kan betale til factoringselskabet, jf. GBL § 29. Se hertil s. 179.

3. Kunde-forholdet

Det tredje element i factoringtransaktionen er klientens aftaleforhold til kunderne (debitorer). Typisk vil factoringselskabet sikre sig indflydelse på, hvorledes kundernes gæld overdrages til factoringselskabet ved krav om godkendelse af den aftaleformular og denunciationserklæring, som klienten anvender over for sin kunde. En særskilt overdragelse af fordringen kan meddeles ved en skrivelse til kunden, der f.eks. kan have følgende ordlyd:

“...

Med virkning fra ... har vi indgået aftale om et factoringsamarbejde med XX. Aftalen indebærer, at vi overdrager udestående fordringer til XX, som påtager sig at føre vort debitorbogholderi og tage imod betaling af vore fakturaer. Fakturaer fra os vil derfor være forsynet med følgende påtegning: “Betaling med frigørende virkning kan kun ske til: XX [Adresse,

kontonummer, tlf.] til hvem fordringen er transporteret. Ved betaling bedes konto- og fakturanummer venligst opgivet. Fra XX vil De hver måned modtage kontoudskrift til kontrol med Deres mellemværende og betalinger. Det bekræftes, at De frigøres for mellemværende med os ved betaling til XX i overensstemmelse med påtegningen på vore fakturaer.”
 ...”

For der fjerde må factoringtransaktionen indebære en denunciation til den enkelte kunde. Denunciationen kan være indeholdt i kundeaftalen. I eksemplet ovenfor kan dette ske ved en indledningstekst, hvorefter det blot meddeles, at klientvirksomheden *har* et factoringssamarbejde med XX. Sådan vil man f.eks. tilrettelægge transaktionen, når kundeforholdet indgås efter factoringaftalen. Men den kan også være fremsendt særskilt af enten klientvirksomheden eller factoringsselskabet.

I praksis forekommer det hyppigt, at kunden fejlagtigt betaler til klientvirksomheden i stedet for til factoringsselskabet. Alle involverede parter har en interesse i at undgå tvivl om, hvilken part der er *legitimeret* til at modtage betaling. Er ikke andet aftalt med kunden, kan denne betale til sin medkontrahent (klientvirksomheden) med frigørende virkning. Er fordringen overdraget til factoringsselskabet til eje eller pant, følger det af GBL § 29, at kunden (skyldneren) “når ikke andet følger af gældsbreves særlige beskaffenhed”, med frigørende virkning kan betale til overdrageren. Det gælder dog ikke, hvis kunden *vidste*, at denne ikke længere havde ret til at modtage betalingen, eller han ikke har udvist den *agtpågivenhed*, som forholdene krævede. I relation til forbrugere må disse agtpågivenhedskrav antages at være beskedne. Derfor har overdrageren en åbenbar interesse i at sætte nogle utvetydige rammer for denne betalingslegitimation. Aftalen mellem klientvirksomheden og factoringsselskabet bør ligeledes fastslå, at klientvirksomheden omgående skal videreføre betalinger, der fejlagtigt måtte indgå til klientvirksomheden, til factoringsselskabet.

Et kapitalsselskab kan have fordel i at kombinere factoring med en selskabsopsplitning, hvorved dets fordringer overføres til et datterselskab (i stedet for et fremmed factoringsselskab). Formålet vil normalt være *finansieringsmæssigt* og ikke baseret på ønsket om *outsourcing*. Når fordringerne ligger i et datterselskab (som herefter f.eks. bærer moderselskabets navn med efternavnet “Fi-

4. *Denunciation*

5. *Legitimation til at modtage betaling*

Finansiering ved selskabsopsplitning

nans”, “Finance” el.lign.) kan datterselskabet optage kredit i concernens pengeinstitut med sikkerhed i fordringerne.

En anden model går ud på, at kreditor får pant i og stemmeret over datterselskabet. Eventuelt kan datterselskabet forpligte sig til udelukkende at udføre denne funktion ved en *negative pledge* (se hertil afsnit 3.6.g.) suppleret med en tilbagetrædelseserklæring (se hertil afsnit 3.6.c.). Resultatet bliver i begge tilfælde, at kreditor opnår status som enekreditor i datterselskabet. Foruden de fordele, der ligger i, at virksomheden beholder administrationen, kan denne løsning også være hensigtsmæssig over for virksomhedens kunder, som oplever, at det fortsat er virksomheden, der betales til. Se nærmere hertil *Tanja Jørgensen i Camilla Højby Jøensen* (red.) Bankjura, udvalgte emner (2013), s. 349 f.

3.5.d. Varighed og ophør

Factoringtransaktioner behøver ikke være langvarige for at tjene deres formål. Bortset fra det finansieringsmæssige aspekt minder transaktionen som sagt mest om outsourcing. Da der heller ikke i øvrigt er økonomiske grunde til at binde parterne sammen, vil et gensidigt opsigelsesvarsel på tre måneder være en passende frist til at afvikle transaktionen. Derimod har factoringsselskabet typisk ret til opsigelse uden varsel, eller med forkortet varsel, hvis det under forløbet viser sig, at formodede sikkerheder ikke længere består. Når factoringtransaktionen ophører, vil parterne skulle udligne den aktuelle difference i deres mellemværende kontant.

3.6. Finansiering ved erklæringer mv.

3.6.a. Problemstillingen

Som nævnt i *Praktisk aftaleret*, afsnit 1.3.b. og 3.4., er løfter og aftaler ikke altid tilstrækkelige til at regulere kommercielle transaktioner. Nok så vigtig er parternes motivation til selv at agere på en måde, der realiserer transaktionen. De fleste aftalepligter opfyldes, fordi opfyldelsen føles rigtig, og fordi opfyldelsen tjener et fælles formål. Derimod kan der være stor forskel på, hvad en part *vil*, henholdsvis vil *forpligte* sig til.

Samspelet mellem gensidigt bebyrdende aftaler, enkeltstående løfter, konstaterende erklæringer og *gentlemen's agreements* indgår ofte i finansieringstransaktioner. En ejer, der involveres i finan-

sieringstransaktioner med nærtstående parter (f.eks. et datterselskab), vil typisk hellere afgive en hensigtserklæring om støtte (se herom under 3.5.b.) end en egentlig garanti herom. Långiveren vil basere sin kredit på en række forhold, som vil være præget af usikkerhed. For at kvantificere denne usikkerhed vil han anmode debitor (eller dennes rådgivere eller nærtstående) om enten at afgive passende *løfter og garantier* eller at *erklære* sig om disse forhold i form af såkaldt *konstaterende erklæringer*. Som nærmere anført i *Praktisk aftaleret*, s. 26 f., indeholder en konstaterende erklæring pr. definition ingen løftevirkninger. Men erklæringen kan efter omstændighederne (f.eks. fordi den er afgivet svigagtigt) udløse retsvirkninger efter andre regler. Hertil kommer, at den kan give udtryk for afgiverens tanker og hensigter, som modtageren kan støtte forretningsmæssig tillid på og (hvis de er afgivet svigagtigt) “sanktionere” forretningsmæssigt.

I det følgende omtales tre af disse erklæringer: Støtteerklæringer, *legal opinions* og *negative pledges*.

3.6.b. Støtteerklæringer

En støtteerklæring er en erklæring afgivet af en part, der står debitor nær (f.eks. en ejer eller et moderselskab) over for en kreditor. I erklæringen meddeler afgiveren sin *hensigt* om at støtte debitor uden dermed (nødvendigvis) at påtage sig nogen aftale-retlig pligt hertil. Hvad støtten går ud på, beror på erklæringens indhold, jf. nærmere nedenfor. Ofte er hovedbudskabet, at afgiveren er “indstillet på” at tilføre debitor midler i en sådan grad, at debitor kan opfylde sine forpligtelser, men der kan også være tale om en involvering på lavere niveau.

Ligesom kautionserklæringen afgives støtteerklæringen for at løse et finansieringsbehov. Formålet er enten at opnå *likviditet* hos en långiver eller *kredit* hos en leverandør. Hvor kautionserklæringen indeholder en utvetydig forpligtelse, søger støtteerklæringen på den ene side at give en kreditgiver en følelse af sikkerhed uden at forpligte afgiveren juridisk. I disse tilfælde fremstår støtteerklæringen som en *gentleman's agreement*, jf. herom *Praktisk aftaleret*, s. 124 f.

I visse tilfælde afgives sådanne erklæringer for at skabe en generel tillid til selskabet og altså ikke som et løfte til en bestemt løftemodtager. Uden

Kendetegn

et sådant retsforhold har “løftemodtager” vanskeligt ved at dokumentere skuffelse ved ikke-opfyldelse, jf. *U 2009.1512 H*. Her havde bestyrelsen for et selskab i flere årsberetninger erklæret, at man ville “sørge for den nødvendige kapital til selskabets fortsatte drift og fremadrettede udvikling”, og 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”. Højesteret fandt, at begge erklæringer 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. Dommen er kommenteret af *Søren Bergeneser* i *ET 2010*, s. 59 ff.

Der er ingen klare svar på spørgsmålet, hvornår en støtteerklæring har løftevirkning. Svaret beror i alle tilfælde på erklæringens indhold. Men selve det forhold, at indholdet afgives under en overskrift, der signalerer afstandtagen til aftaleforpligtelser, vil skabe en formodning for, at der ikke tilsigtes aftalepligter.

Litteraturen om emnet righoldig. Se navnlig *Erik Røsæg*: *Garantier eller fattigmanns trøst* (Oslo, 1992), *Torsten Iversen*: *Støtteerklæringer* (1994), *Hans Viggo Godsk Pedersen* i *Camilla Højby Jensen* (red.) *Bankjura, udvalgte emner* (2013), s. 489 ff., *Torbjörn Ingvarsson*: *Borgensliknande säkerhetsrätter* (Stockholm, 2000) og *Leif Gäverth*: *Stödbrev* (Uppsala, 1994). Se også *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.1.e., *Hans Viggo Godsk Pedersen*: *Kaution*, 11. udg. (2016), s. 149 ff., *Gomard* i *NJM 1984 I*, s. 248 ff. og *II*, s. 443 ff. og *C. Harboe Wissum* i *U 1986B*, s. 340 ff.

Baggrund

Der kan være talrige formål med at søge finansiering gennem en støtteerklæring, se nærmere *Iversen* (1994), s. 40 ff. Den typiske vil være afgiverens ulyst til at forpligte sig ved et kautionsløfte. Dernæst kan der være regulatoriske årsager – f.eks. at undgå at skulle indberette den valutatransaktion, en garanti eller kaution indebærer efter et lands særregler herom. Endelig kan afgiveren ønske ikke at skulle optage en garantiforpligtelse i sin årsrapport, jf. årsregnskabslovens § 64 om eventualforpligtelser og nærmere om dette spørgsmål, *Iversen* a.st. s. 98 ff.

Sprogbrug

Terminologien på området er ikke skarp, jf. nærmere *Chr. Harboe Wissum* i *U 1986B*, s. 340 ff., *Lego Andersen* i *R&R* nr. 4, 1992,

s. 8 ff., *Tamasauskas* (2006), s. 234 ff., og *Torsten Iversen: Støtteerklæringer* (1994), s. 15 f., med henvisning til den allerede dengang omfattende danske litteratur sst. s. 18 f., og s. 93. Fordi pligtvirkningen beror på erklæringens indhold, kan man sondre mellem de erklæringer, der indeholder *løftevirkninger* (og som derfor betegnes som “stærke”), og dem, der alene indeholder *hensigtserklæringer*, for hvilke der alene indtræder retsvirkninger, hvis forholdene ved afgivelsen giver grundlag for at rejse erstatningskrav for *culpa*, og som følgelig betegnes som “svage”.

Sprogligt refererer et *comfort letter* til den “trøst”, en hensigts-erklæring om at yde støtte, trods alt, giver modtageren. Betegnelsen anvendes i *nogle* tilfælde om alle typer af støtteerklæringer. I *andre* tilfælde anvendes den om såkaldt svage støtteerklæringer, der – uden at præcisere hvilken – giver modtager en vis, ikke nærmere udtalt forventning om, at han ikke vil lide tab ved sin kredit.

*Letter of
comfort*

Et *letter of awareness* er en støtteerklæring, der indeholder afgiverens konstatering af, at et lån optages eller en kredit meddeles med hans indforståelse og billigelse. Hovedbudskabet er, at afgiveren følger debtors situation og i et eller andet omfang vil reagere, hvis debtors soliditet bringes i fare. Erklæringen kan eventuelt suppleres med oplysninger om, at afgiveren “altid har stået bag sit datterselskab”, og at afgiveren har “fuld tillid til datterselskabets ledelse”. En sådan erklæring vil i almindelighed ikke fremkalde løftevirkninger som en garanti.

*Letter of
awareness*

Ved et *letter of responsibility* lover afgiveren at ville tage aktiv del i debtors drift. Erklæringen kan eventuelt suppleres med en bemærkning om, at det altid har været afgiverens (moderselskabets) politik at opretholde en sådan finansiel sundhed hos sine datterselskaber, at de kan opfylde deres forpligtelser. Kun hvis afgiveren handler i direkte modstrid med en sådan erklæring, vil den kunne fremkalde retsvirkninger. Retsvirkningerne vil i så fald følge af en culpabetragtning, idet *bonus pater*-målestokken præges af den adfærdsforventning, der er angivet i erklæringen.

*Letter of
responsibility*

Med et *letter of support* nærmer man sig det felt, hvor der kan indtræde løftevirkninger. Afgiveren meddeler her, at han vil tilføre debitor midler – eventuelt ved kapitalindsud – så han kan opfylde sine forpligtelser. Fordi erklæringen tager sigte på forhold, der kunne tænkes at give grundlag for naturalopfyldelse, opstår

Letter of support

vanskelige spørgsmål om afgrænsningen mod naturalopfyldelse. Hvis erklæringen rummer løftevirkninger, gælder disse i sagens natur kun over for løftemodtageren, dvs. modtageren af erklæringen. Denne har i sagens natur ikke en interesse i, at erklæringen opfyldes efter sin ordlyd, således at der tilføres andre kreditorer tilsvarende midler.

Retsgrundlag

Som nærmere udviklet i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.1.e., vil retsvirkningerne af et *letter of support* til enhver tid bero på en fortolkning af erklæringens enkelte vilkår.

I *U 1989.618 V* var en støtteerklæring afgivet af debtors moderselskab over for et leasingselskab. Erklæringen, der gik ud på, at moderselskabet ville drage omsorg for, at datterselskabet havde tilstrækkelig med likvide midler, indebar ikke et løfte. Retten lagde bl.a. vægt på, at moderselskabet udtrykkeligt havde afvist at påtage sig en kautionsforpligtelse og nåede på dette grundlag frem til, at der ikke forelå nogen garantiforpligtelse.

U 1994.470 H omhandlede en lignende erklæring afgivet af et moderselskab (ved dets bestyrelsesmedlemmer) over for en bank. Ifølge erklæringen ville moderselskabet om fornødent tilføre det støttede selskab tilstrækkeligt *likvide midler* til, at det *til enhver tid* var i stand til at opfylde sine forpligtelser over for banken. Heller ikke her ønskede moderselskabet at kautionere. Årsagen hertil var uklar. Højesterets flertal fandt, at erklæringen indeholdt et klart og ubetinget løfte. Uanset erklæringens overskrift – “Hensigtserklæring” – måtte det efter flertallets opfattelse påhvile afgiveren at godtgøre, at der ikke forelå sådanne omstændigheder omkring erklæringens tilblivelse, at den ikke skulle være forpligtende. En dommer ville frifinde moderselskabet, idet erklæringens tvetydighed måtte komme koncipisten (banken) til skade. Dommen er kommenteret af *Peter Blok* i *U 1994B*, s. 436 ff. Se ligeledes *Iversen* (1994), s. 244 ff., der kritiserer afgørelsen.

U 1998.1289 H frifandt et moderselskab for aftalehæftelse for et “*letter of comfort*”, der bl.a. indebar en pligt til “økonomisk at ville støtte [datterselskabet] med henblik på, at selskabet vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser.” Højesteret fandt ikke, at erklæringen gav tilstrækkeligt grundlag for at pålægge moderselskabet en pligt til at friholde bankforbindelsen for bankens tab ved selskabets konkurs. Modsat situationen i *U 1994.470 H* fremgik det ikke, at afgiveren til enhver tid ville tilføre debitor

likvide midler. Se ligeledes den svenske højesteretsdom i *NJA 1994.204*, der tilkendte erstatning for adfærd efter afgivelsen af et *letter of comfort*, selvom dette ikke ansås som et betalingsløfte.

Med *U 2011.2726 H* har Højesteret fastholdt sin tilbageholdenhed mod at indlægge løftevirkninger i støtteerklæringer. Her fandtes en støtteerklæring ("*letter of support*"), som ejeren af et selskab havde afgivet for et datterselskab ved købet af dette (og for at opfylde en kreditgivers "betingelse" for at fortsætte kreditten hertil) ikke aftaleforpligtende. Ifølge erklæringen meddelte moderselskabet, at "it is our policy to support [datterselskabet] financially, and that we shall use our influence to ensure that [kreditor] will not suffer any loss which is limited to the above agreed amount...". Samtidig "accepterede" moderselskabet, at en misligholdelse af denne pligt ville udløse en erstatning op til dette beløb. Højesteret henviste til sin praksis vedrørende støtteerklæringer, hvorefter det i første række er *indholdet* af den konkrete støtteerklæring, der bestemmer løftevirkningerne. Med en bemærkning om, at moderselskabet ikke havde misligholdt de citerede pligter, kunne de øvrige led i støtteerklæringen ikke forstås som en retlig forpligtelse til at sikre, at kreditor ikke led tab ved samhandlen med datterselskabet. Dommen er kommenteret af de procederende advokater, *Bo Ascanius, Henriette Gernaa og Thomas Smed*, i ET 2012, s. 69 ff.

Som sagt er der ingen faste principper for, hvordan støtteerklæringer konciperes. Indholdet forhandles gerne individuelt, jf. *Iversen* (1994), s. 227 f. Derfor må erklæringen ofte fortolkes i lyset af det øvrige forhandlingsforløb i forbindelse med lånet eller kreditten, som typisk vil fremgå af korrespondance og mødereferater. Og af samme grund bør der ikke være *integrationsklausuler* i erklæringen, se hertil *Praktisk aftaleret*, s. 132 f.

Selvom en erklæring ikke påfører sin afgiver løftevirkninger i overensstemmelse med låneaftalen, kan den godt indeholde andre løfter. Afgiveren kan f.eks. love at anvende stemmeretten i debitorselskabet på en bestemt måde. Ligeledes kan erklæringen indgå side om side med løfter om tilbagetrædelse, se hertil afsnit 3.6.c.

At støtteerklæringen fremtræder under en overskrift, der signalerer ikke-pligt (f.eks. "Støtteerklæring", "Hensigtserklæring" el.lign.) er ikke ensbetydende med, at den ikke har løftevirkning

*Konciperings-
spørgsmål*

Betegnelse

ger. Aftaleretlige fortolkningsregler tilsigter at udfinde den *vilje*, der ligger bag et løfte, og som antaget ved *U 1994.470 H*, jf. *Bloks* kommentar i *U 1994B*, s.436 ff., reflekteres den ikke nødvendigvis i en overskrift. Derimod vil en sådan overskrift ofte afgive en *formodning* for, at der ikke er tilsigtet løftevirkninger, sml. herved *U 1998.1289 H*.

Disclaimer

Vil parterne undgå en retlig pligtvirkning, må der indsættes en *disclaimer*, f.eks. med ordene: “Dette dokument pålægger ikke [afgiveren] nogen aftaleretlig hæftelse for [debitors] forpligtelser over for [modtageren]”. Hermed afskæres muligheden for at indlæse et kautions- eller garantiløfte i erklæringen. En sådan *disclaimer* fjerner dog ikke muligheden for at gøre afgiveren ansvarlig efter et culpasyndspunkt (f.eks. for at lyve om sin hensigt om at yde støtte mv.).

3.6.c. Tilbagetrædelseserklæringer mv.

Begreb

Ved en tilbagetrædelseserklæring forstås et løfte, hvorved en kreditor (K1), der herved får status af *seniorkreditor*, lover at lade sin fordring mod debitor være efterstillet en anden kreditor (K2, *junior-kreditor*), som har en fordring mod samme skyldner, eller mod en flerhed af kreditorer, se hertil *Henrik Kure* (2015), s. 414 ff., og *Lars Hedegaard Kristensen* (2003), s. 383. Løftet afgives enten over for den eller de juniorkreditorer (K2), som i kraft af løftet bliver stillet bedre i konkursordenen, hvis skyldneren viser sig insolvent. Realiteten bliver da, at K1 afgiver sin dividenderet til K2 i konkursdelingen. Hvis erklæringen er afgivet over for samtlige kreditorer, får det lån, den afgivende kreditor har hos debitor, status af ansvarligt lån.

Koncipering

Tilbagetrædelseserklæringer afklarer den retsusikkerhed, dansk ret efterlader om kreditorers indbydes retsforhold. De konciperes som regel i ganske kort form, jf. *Lars Hedegaard Kristensen* (2003), s. 383 f., der omtaler formuleringer som, “K1 står tilbage for K2”, eller “K1 er efterstillet K2”. Alt efter de vilkår, der sættes for efterstillingen, kan man opdele tilbagetrædelseserklæringerne i forskellige kategorier, jf. sst., s. 385 ff. Ofte er sådanne erklæringer optaget som vilkår i kreditdokumenter. I det omfang erklæringen skal forstås som en overdragelse af K1’s dividenderet til K2, bør forholdet opfattes som en transport fra K1 til K2, der i overensstemmelse med reglen i GBL § 31 bør noteres hos de-

bitor, se sst., s. 384 f. Se i øvrigt om aftalegrundlaget for sådanne ordninger, *Henrik Kure* (2015), s. 417 f.

Tilbagetrædelseserklæringer kan også indgå i aftaler, der regulerer flere kreditors forhold til hinanden. I såkaldte *interkreditoraftaler* bestemmer flere långivere i en samlet finansieringstransaktion, hvem der skal stå tilbage for hvem, hvem der kan kræve sit tilgodehavende forrentet (og hvordan), og hvem der skal have ret til fyldestgørelse i særlige sikkerhedsstillelser. Som anført af *Andreas Tamasauskas* i Henrik Juul m.fl. (red.) Vennebog til Lennart Lyngge Andersen (2012), s. 317 ff., indgås sådanne aftaler også hyppigt som led i rekonstruktion af virksomheder, hvor de kan minde om aftaler om syndikerede lånetransaktioner, jf. herom i afsnit 3.2.g.

*Interkreditoraf-
taler*

3.6.d. Panthaverdeklarationer

Ifølge § 54 i forsikringsaftaleloven anses en tingsforsikring, der er tegnet uden angivelse af nogen bestemt interesse, for tegnet til fordel for enhver, der som ejer, panthaver eller indehaver af anden tinglig ret, eller fordi han “bærer faren for tingen”, vil lide tab ved, at den forringes eller går til grunde. I mangel af anden aftale er udgangspunktet derfor, at forsikringssummen kommer til udbetaling til fordel for den, der i kraft af pant eller ejendomsret har *tinglig ret* over tingen. Dette lader sig dog kun gøre, hvis forsikringsselskabet *kender* den berettigedes krav og identitet.

For at sikre dette kendskab afgiver forsikringstageren og indehaveren af den tinglige ret (“kreditor”) i fællesskab en såkaldt panthaverdeklaration over for forsikringsselskabet, hvorved de anmoder selskabet om i henhold til erklæringens vilkår at udbetale erstatningsbeløb efter skade mv. til kreditor. Hvis beløbet anvendes til reparation, opnår panthaver kun ret til overskydende beløb, og kun for så vidt kreditor har beløb til gode hos debitor. Det er dernæst en forudsætning, at debitor har holdt forsikringen i kraft, og at kreditors tilgodehavende ikke overstiger erstatningsbeløbet. Deklarationen anmoder også forsikringsselskabet om at oplyse kreditor om præmierestance, opsigelse, forsikringsophør, selskabsskift samt ændringer i policevilkår. De panthaverdeklarationer, der benyttes i den danske forsikringsbranche i de enkelte forsikringsprodukter (herunder inden for både skadesforsikring og livsforsikring), findes på <www.forsikringogpension.dk>. Se nær-

mere hertil *Lennart Lynge Andersen & Michael Gregersen (2003): Finansiering af forbrugerkøb (2003)*, s. 125 ff.

3.6.e. Legal opinions

Kendetegn

En *legal opinion* er en erklæring afgivet af en præsumptivt troværdig tredjepart (f.eks. virksomhedens advokat) om retlige forhold af betydning for virksomhedens aftalerelation med erklæringens modtager. De fleste *legal opinions* afgives som led i finansielle lånearrangementer. Det kan f.eks. erklæres, *om* låntager som juridisk person er lovligt bestående, *om* låntager gyldigt kan påtage sig en bestemt forpligtelse, og *om* en aftale er indgået af tegningsberettigede personer. I en låneaftale vil udbetaling ofte være betinget af, at en legal opinion viser, at betingelserne for udbetaling er opfyldt, jf. *Henrik Kure (2015)*, s. 311 f. Men legal opinions benyttes også i talrige andre transaktioner, f.eks. ved virksomhedsoverdragelser og aktieemissioner mv. I visse tilfælde kan parterne leve med, at erklæringen blot foreligger mundtligt (undertiden kaldet “*implied*” eller “*silent*” *legal opinions*).

Retsgrundlag

Som retlig figur hører *legal opinions* til kategorien *konstaterende erklæringer*. Det er dog ikke hvem som helst, der “konstaterer” det omhandlede forhold. Afgiveren er en sagkyndig, der formodes at have særligt indblik i de forhold, erklæringen angår – både generelt (i relation til det berørte retsområde) og specifikt (i relation til virksomhedens forhold). Derfor indgår der også et vist element af rådgivning i erklæringen. Når *legal opinions* afgives af advokater eller revisorer, får det rådgivningsansvar og de professionsretlige regler, der gælder for disse professioner, betydning for den retlige vurdering, både i henseende til fortolkningen, og hvis der opstår spørgsmål om erstatningsansvar.

Ofte afgives *legal opinions* af virksomhedens faste rådgiver. Herved kan der opstå vanskelige konflikter mellem afgiverens (f.eks. advokatens) uafhængighed, risikoen for erstatningskrav og ønsket om at tilgodese klientens interesser i transaktionen. Der findes ingen indarbejdet adfærdsnorm herhjemme for, hvordan advokaten håndterer denne konflikt. Advokatrådet har i september 2000 afgivet en “Vejledning i afgivelse af legal opinion”. Heri findes en del aftaleeksempler, men ingen normering af dette skisma. Fokus er på, hvordan afgiveren får skabt en optimal tekst. En lignende interessekonflikt foreligger i øvrigt, når et pengeinstitut afgiver

en soliditetserklæring, vel vidende at dets kunde vil have fordel af, at der i tillid til de positive toner heri vil blive ydet en usikret varekredit til fordel for virksomheden.

Teksten til en *legal opinion* vil ofte være tilvejebragt af den part, der har anmodet om at få dette dokument tilvejebragt. Der har i den forbindelse udviklet sig visse standarder i den internationale finansverden. Indgår en *legal opinion* som grundlag for en virksomhedsoverdragelse, vil den typisk foreligge og dateres ved *closing*-mødet.

Et af de vigtige forhold, der bør tages i agt ved afgivelsen af en *legal opinion*, er de forudsætninger (*assumptions*), hvorpå erklæringen afgives. Det kan være ansvarspådragende for afgiveren at erklære, at han har kontrolleret en oplysning, hvis dette ikke er tilfældet. Som nærmere omtalt i Advokatrådets 2000-vejledning, s. 19, f., kan sådanne *assumptions* f.eks. henvide til, at forelagte fotokopier eller digitale kopier repræsenterer de originale dokumenter, at referater af møder på retvisende måde gengiver mødets forhandlingsresultat, at beslutninger på generalforsamlinger har været lovligt truffet, at indgåede aftaler er gyldige, og at underskrifter er ægte.

Problemerne vedrørende *legal opinions* er grundigt behandlet hos *Henrik Lind* i U 1982B, s. 377, *Thomas Dall Jensen & Jens Steen Jensen* i ET 2006, s. 4 ff., *Henrik Kure* (2015), s. 310 ff., *Bjørn Saltorp* i Fagskrift for Bankvæsen 1986.45.77 og i Advokatrådets Vejledning om Legal Opinions (september 2000). Se også *Dan Hanqvist* i SvJT 2004.573 ff. *Henrik Lind* giver følgende eksempel på en *legal opinion* til brug for et låneforhold:

“We are of the opinion that

I. the Borrower and the Guarantor are both corporations duly organized under the laws of Denmark with power to enter into the Loan Agreement and to exercise their rights and perform their obligations thereunder, and all corporate and other action required to authorize the execution by the Borrower and the Guarantor of the Loan Agreement and the performance by the Borrower and the Guarantor of their respective obligations thereunder has been duly taken.

*Konciperings-
spørgsmål*

II. It is not necessary in order to ensure the legality, validity, enforceability or admissibility in evidence of the Loan Agreement in Denmark that it be filed, recorded or enrolled with any court or authority in Denmark, or that any stamp, registration or similar duty be paid on or in relation to the Loan Agreement.

III. Under the laws of Denmark in force at the date hereof, the Borrower and/or the Guarantor will not be required to make any deduction or withholding from any payment it may make under the Loan Agreement.”

*Almindelig
regulering*

En legal opinion kan for det første udtale sig om låntagerens lovlige beståen og forhold til regulerende myndigheder (overskriftsmæssigt ofte omtalt som “*due incorporation*”). Hertil hører, om selskabet har opfyldt kravene vedrørende afholdelse af generalforsamling, og om det rettidigt og korrekt har afgivet regnskab.

For det andet kan erklæringen udtale sig om selve den *disposition*, der er tale om at indgå, herunder dennes forhold til selskabets formålsangivelse, samt behovet for særlige offentligretlige godkendelser og autorisationer. Modtageren af en *legal opinion* vil ønske vished for, at dispositionen påfører den disponerende de angivne forpligtelser, og om det er de korrekte personer, der har underskrevet (henholdsvis “*due execution*” og “*due authorization*”).

Et tredje tema angår retsforhold, der har at gøre med selskabets muligheder for – lovligt – at *opfylde* aftalen. Denne del omfatter bl.a. foranstaltninger vedrørende sikringsakter og offentligretlige godkendelser.

Det er også sædvanligt at erklære, om *udbetalinger* i henhold til aftalen alene kan ske med tilbageholdelse af skatter og afgifter, samt om, hvorledes kreditors krav vil blive stillet under *tvangsfuldbyrdelse*.

Endelig kan erklæringen indeholde en udtrykkelig tilkendegivelse om, hvorvidt et aftalt *lovvalg* er gyldigt.

3.6.f. Soliditetserklæringer

Baggrund

Enhver beslutning om at yde kredit til en (kommende) debitor er baseret på en kreditvurdering, der kan være gennemført mere eller indre grundigt og mere eller mindre formelt. For professionelle kreditgivere (f.eks. pengeinstitutter, factoring- og leasing-

selskaber mv.) er kreditvurderinger en integreret del af virksomheden. Undersøgelserarbejdet kan ligefrem tage form af en *due diligence*. Men ofte begrænser det sig til en forespørgsel om, hvorvidt debitor er registreret i et kreditoplysningsbureau. En særlig, og ofte anvendt, type kreditvurdering foreligger i form af en soliditetserklæring afgivet af en tredjepart, der har et særligt kendskab til debitors virksomhed, typisk af pengeinstitutter, men undertiden også af revisorer.

I den sidstnævnte situation vil der ikke bestå et aftaleforhold mellem afgiveren og modtageren af kreditvurderingen. Derimod vil der ofte foreligge et aftaleforhold mellem den debitor, som er genstand for kreditvurderingen, og afgiveren. Erklæringen kan nærmest betragtes som en del af den tjeneste, afgiveren præsterer for debitor. Skal der ske betaling for kreditvurderingen, vil denne betalingspligt derfor basere sig på aftaleforholdet mellem afgiveren og debitor. Oplysninger fra kreditoplysningsbureauer, f.eks. det private selskab Experians *RKI-register*, baseres normalt på et abonnement, der giver kunden adgang til at foretage opslag i en database.

Grundlag

Lider modtageren af en soliditetserklæring tab, fordi debitor – i strid med erklæringens indhold – viser sig insolvent, og skyldes dette fejl ved kreditvurderingen, opstår spørgsmålet, om afgiveren kan gøres erstatningsansvarlig. Et sådant ansvar må i givet fald baseres på en culpapregel. Den culpastandard, der anlægges i retspraksis, er ikke streng, muligvis fordi domstolene har været tilbageholdende med at lægge erstatningsretlige barrierer for anvendelsen af disse meget udbredte, og typisk også ganske tjenlige, finansieringselementer. *U 1994.818 H* frifandt et pengeinstitut for ansvar for en fejlagtig soliditetsoplysning i en situation, hvor oplysningen ikke var afgivet direkte over for skadelidte. Også *U 1999.1969 H* frifandt, bl.a. ud fra synspunkter om egen skyld. I *U 2002.2032 H* blev en revisor erstatningsansvarlig over for en låntagende bank for en forbeholdsløs erklæring om formueforholdene hos en gavegiver (debitors moder), der havde afgivet et gaveløfte over for debitor. Erstatningen blev dog nedsat til halvdelen, fordi modtageren ikke selv havde anstillet undersøgelser.

Ansvar

En særlig type kreditvurdering er den, der udføres af internationale *ratingbureauer* som f.eks. *Moody's*, *Standard & Poors* og *Fitch*. Disse bureauer afgiver løbende vurderinger af soliditeten af

*Internationale
ratingbureauer*

virksomheder, der står bag finansielle instrumenter, der omsættes på kapitalmarkederne. Ratingbureauerne vil normalt benytte sig af en karakterskala, der i det ene ekstrem angiver, at debitor er meget kreditværdig og dermed særdeles godt i stand til at opfylde finansielle forpligtelser (hvilket f.eks. hos *Standard and Poors* giver karakteren “AAA”), og i det andet ekstrem, at debitor er i betalingsstandsning (hvilket giver karakteren “D”). Som anført i rapporten om Den Finansielle Krise i Danmark – årsager, konsekvenser og læring (udgivet af en arbejdsgruppe under Erhvervs- og Vækstministeriet i 2013, også kaldet “Rangvid-rapporten”), s. 76, spillede disse ratings en væsentlig rolle for udviklingen af markedet for strukturerede kreditprodukter i perioden op til finanskrisen i 2008-2009. Bureauerne har efterfølgende været udsat for kritik fra flere sider for at have svigtet deres rolle som garant for kvaliteten af kreditprodukterne.

Dette er baggrunden for, at Europa-Parlamentets og Rådets forordning 1060/2009/EF af 16. september 2009 om kreditvurderingsinstitutter (med senere ændringer) giver nærmere regler for disse ratingbureauer og for de virksomheder, som gør brug af deres ratings. Forordningen pålægger kreditinstitutter kun at benytte kreditvurderingsinstitutter, der er registreret i medfør af forordningens regler. Registreringen indebærer, at kreditvurderingsinstituttet underlægges et offentligt tilsyn samt regler om *compliance*, interessekonflikter mv. Forordningen undtager udtrykkeligt “private kreditvurderinger udstedt efter en individuel bestilling og udelukkende til den person, der afgav bestillingen, og som ikke er bestemt for offentliggørelse eller distribution pr. abonnement.” Tilsynet med disse ratingbureauer er ifølge FIL Afsnit X b (§§ 343o-343p) henlagt til Finanstilsynet. Forordningen er nærmere gennemgået af *Aron Værstændig* i SvJt 2014.9 ff.

3.6.g. Negative pledges

Kendetegn

En *negative pledge* (også kaldet *negative pledge covenant*) er låntagers løfte til långiver om at undlade visse nærmere bestemte dispositioner. Løftet sikrer kreditor mod, at debitor *disponerer* på en måde, som kreditor finder risikabel. Overholdes det, kan kreditor som *enekreditor* opnå bestemmende indflydelse i en insolvenssituation. Endelig sikrer det, at primærkreditor bevarer *kundekontakten*. Terminologien er ikke klar. *Lego Andersen* begrænser f.eks. i R&R 1992, nr. 4, s. 9, begrebet til at omfatte modersel-

skabets erklæring om ikke at ville kautionere til anden side. I det følgende anvendes begrebet i en videre betydning, der indbefatter enhver handling fra debtors side, der vil kunne påvirke løftemodtagers mulighed for fyldestgørelse. Se for en nærmere indføring i emnet, *Tamasauskas* (2006), s. 423 ff.

De løfter, der er indeholdt i en negativ erklæring, kan for det første sanktioneres med misligholdelsesvirkninger: Lånet opsiges, eller tilbagebetalingstakten accelereres. For at give primærkreditor indseende med, om løftet overholdes, vil løftemodtager ofte betinge sig en ret til indseende med debtors virksomhed, f.eks. gennem en bestyrelsespost eller ved ret til løbende granskning. Muligheden for at nedlægge et midlertidigt forbud, jf. retsplejelovens § 611, for at gennemtvinge løftet, er uden praktisk betydning, da der er langt stærkere retsmidler (f.eks. opsigelse af lånet eller konkursbegæring). Det afgørende er, at der slet ingen ny kreditor kommer ind i billedet.

Negative pledges giver ikke nogen særligt stærk sikkerhed over for tredjemand, jf. *Gomard & Iversen* (2009), s. 89. Bryder debitor sin pligt, kan løftemodtager ikke uden videre fremkalde ugyldighedsvirkninger i aftaleforholdet mellem debitor og den nye (sekundære) kreditor. For at kunne rejse sådanne krav kræves som minimum, at den nye kreditor har kendskab til, at han dermed medvirker til aftalebrud, sml. *U 1982.4 H*, der begrundede et ansvar for medvirken til aftalebrud med, at der forelå en “ubillig konkurrence”. Se i samme retning – omend mere kategorisk – *Iversen* (1994), s. 53, der med henvisning til *Erik Røsæg*: Garantier eller fattigmanns trøst (Oslo 1992) ikke blot mener, at kreditor må respektere en negativ erklæring, han *vidste* besked om, men at det samme også gælder, når han *burde* vide besked om den.

En *negative pledge* kan efter omstændighederne opnå omsætningsbeskyttelse ved tinglysning som servitut. Se f.eks. *U 2010.3023 ØLK*, hvor en sådan klausul ansås bortfaldet som følge af manglende loyal eller anden berettiget interesse i dens opretholdelse. Ved *U 1987.713 VLK* blev en deklaration om, at fremtidig pantsætning kun kunne ske med samtykke fra primærkreditor (en sparekasse), tinglyst. En kreditor, der tilsigter tinglig beskyttelse af denne art, vil dog normalt foretrække at opnå at tinglyse et *virksomhedspant*, hvorved den underpantsetter alt,

Retsgrundlag

Tredjemandsvirkning

Tinglysning

Eksisterende
sikkerheder

hvad virksomheden ejer og fremtidigt erhverver, jf. TL § 47c.

På det tidspunkt, hvor debitor påtager sig en *negative pledge*, vil der typisk bestå et antal sikkerheder. Parterne må da tage stilling til, om disse sikkerheder skal videreføres, og i givet fald hvorledes. En *negative pledge*, der afskærer muligheden for pantsætning, bør ikke tillade debitor finansiering ved tredjemandspant. Ønsker løftemodtageren at være enekreditor, kan transaktionen eventuelt indebære, at hidtidige kreditorer betales ud i forbindelse med en *refinansiering* af virksomhedens lån.

Konciperings-
spørgsmål

Den væsentligste komponent i en *negative pledge* er debitors løfte om ikke at optage lån hos andre långivere, eller om ikke at give bestemte aktiver i sekundær pant hos tredjemand. Løftet kan dog også angå ændringer i andre forhold, der kan påvirke kreditors mulighed for at få fyldestgørelse, f.eks. virksomhedens strategi. Det kan også forbyde debitor at gøre brug af særlige metoder til at realisere aktiver, f.eks. foranstalte leasing- og factoringarrangementer eller at bringe kunder i en situation, hvor de kan modregne. For at undgå omgåelsestiltag bør de pågældende handlinger ikke alene gælde for selskabet, men også for dets nuværende eller fremtidige datterselskaber.

En *negative pledge* om långivning kan lyde (i et citat fra *Wood: International loans, bonds and securities regulation (1995)*, s. 34):

“The Borrower will not create or permit to exist any security on its assets or those of its subsidiaries”.

Et andet eksempel, der mere præcist angår låntagers adgang til at disponere over aktiver ved *sale-and-lease-back* arrangementer, er følgende:

“The Borrower will not sell or otherwise dispose of any asset if the asset will or may at the option of the Borrower be re-acquired by or leased to the Borrower or if the possession or use of the asset is retained by the Borrower.”

4.1. Fællesproblemer

4.1.a. Kendetegn

Som anført i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.1., kan realydelser enten være *varer* eller *tenesteydelser*. Hvor en *varer* er et fysisk fænomen, der f.eks. kan overgives og tilbagesendes, bærer *tenesteydelser* intet fælles kendetegn. Ofte anvendes begrebet som fællesbetegnelse for en række forskellige handlinger, der blot kendetegnes ved ikke at være varer – se f.eks. Forbrugerkommissionens betænkning III (nr. 738/1975), s. 78 f. En *tenesteydelse* kan f.eks. bestå i en *faktisk handling* eller *information*, f.eks. i form af rådgivning.

*Begrebet
tenesteydelse*

Tjenesteydelser fremtræder ofte som *accessorier* til varer. Således kan man opfatte en række af de handlinger, der ledsager et køb, f.eks. transport, indpakning, opstilling etc. Hidtidige forsøg på at regulere tjenesteydelsens retsforhold under ét har ikke båret frugt, formentlig på grund af områdets uhåndgribelige karakter. Ved betænkning nr. 1133/1988 foreslog et udvalg under Justitsministeriet regler for tjenesteydelser præsteret til forbrugere. Forslaget blev aldrig fremsat. Også et forslag til Rådskrivelse om tjenesteydelsesansvar, fremlagt af Kommissionen i slutningen af 1990, se EFT 1991 C 12/8, blev siden trukket tilbage. Forslaget ville pålægge tjenesteyderen ansvar for skade, der på grund af en af ham begået “fejl” forvoldes på personer, løsøre eller fast ejendom “i forbindelse med tjenesteydelsen”, og forslaget art. 1, stk. 2, pålagde tjenesteyderen at bevise, at der *ikke* forelå fejl.

Som anført i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.2.a., er kernen i tjenesteydelsen, at realdebitor gør realkreditor en *teneste*, dvs. udfører en *handling*, som kreditor anser for værdifuld. I denne brede betydning vil mange transaktioner indebære et tjenesteydelselement, som det kan være nødvendigt at aftaleregulere, selvom transaktionen i øvrigt ikke kan karakteriseres som en tjenesteydelse. I en købsaftale kan det f.eks. være bestemt – eller forud-

*Begrebets
tvetydighed*

sat – at sælgeren skal foranstalte transport af varen, at der skal ske uddannelse af køberen, eller at sælgeren skal præstere tjenester i forbindelse med varens installation mv.

Tjenesteforhold

I ansættelsesretten benyttes tjenestebegrebet specifikt til at angive *tjenesteforhold*, dvs. at realdebitor (den ansatte) er underlagt en særlig *lydighedspligt* over for realkreditor (arbejdsgiveren). Lydighedspligten udspringer af det over-/underordningsforhold, der altid består mellem den arbejdsgiver, der kan “lede og fordele arbejdet”, og den medarbejder, der skal efterkomme tjenestebefalingerne. Lydighedspligten adskiller ansættelsesforhold fra andre tjenesteaftaler, herunder direktøraftaler.

Grænsen mellem tjenesteforhold og andre tjenesteydelser træder også frem på virksomhedens øverste niveauer. Et bestyrelsesmedlem præsterer *ikke* sit arbejde for selskabet i tjenesteforhold, lige så lidt som direktionen gør det: Direktionen udgør toppen af pyramiden, *hvorfra* arbejdet ledes og fordeles. Denne skarpe sondring gennemsyres også den ansættelsesretlige lovgivning. Derfor gælder hverken ferieloven, lov om ansættelsesbeviser, ansættelses-klausuloven eller virksomhedsoverdragelsesloven for direktører og bestyrelsesmedlemmer. Sondringen mellem ansættelsesaftaler og andre aftaler om tjenesteydelser har også betydning for, om der skal indeholdes A-skat og arbejdsmarkedsbidrag mv. i de betalinger, der præsteres til tjenesteyderen.

Den aftaleretlige regulering af ansættelsesforholdet omtales i afsnit 4.2.

Personligheds- aspektet

Tjenesteydelser i bred betydning kan præsteres under mere eller mindre personlige relationer. For nogle tjenesteydelser er det afgørende, at tjenesten præsteres af en bestemt *person*. Sådanne tjenesteydelser betegnes derfor som *personlige*. Eksempler herpå finder man – alt afhængigt af den foreliggende aftale – inden for en række liberale erhverv (som f.eks. læger, arkitekter, rådgivende ingeniører, landinspektører, advokater, revisorer etc.). Tjenesteydelser præsteret i tjenesteforhold vil også være personlige: En medarbejder kan jo ikke sætte en anden til at udføre sit arbejde. Andre tjenesteydelser – som i sammenhængen kan betegnes som *upersonlige* – kan præsteres, uanset hvilken person der står bag. Hertil hører f.eks. finansielle tjenesteydelser, teletjenester, databehandlingstjenester mv.

Systematik

Det er hverken muligt eller hensigtsmæssigt at udskille alle

typer af tjenesteydelser til udtømmende behandling under ét. Mange af de tjenester, der præsteres ved levering og vedligeholdelse af produktionsudstyr og i aftaler om forarbejdning, har f. eks. intet personligt præg, se herom i kapitel 5 om produktionsapparatet. “Tjenesteydelser”, der fremtræder som pligten til at *undlade* noget, kan i mange henseender rubriceres som særlige loyalitetspligter, igen uanset om der er noget personligt element inde i billedet. Men tilbage står et antal tjenesteydelser, der har et personligt element, fordi en person *gør noget faktisk*. Hertil hører tjenester præsteret i *personligt prægede* samarbejdsforhold, hvor der nødvendigvis må være et menneske involveret i opfyldelsen. Et eksempel herpå er rådgiveraftalen, se herom afsnit 4.5. Dette kapitel omhandler samlet set personligt prægede arbejdsopdrag, hvad enten de præsteres i eller uden for et tjenesteforhold.

Der er flere grunde til at behandle aftaler om arbejdsopdrag (af enhver art) under ét. Det personlige element indebærer for det første en række *ensartede retlige problemer*, der alle har at gøre med den underliggende samarbejdsrelation. Ofte opstår særegne spørgsmål af immaterial- og personlighedsretlig karakter, se herom under 4.1.b-4.1.d. Og når arbejdsopdraget udgør det økonomiske grundlag for tjenesteyderens livsførelse, træder en række hensyn frem, som har ført til talrige beskyttelsesregler (se herom under 4.2.b.), der også uden for disses område nødvendiggør aftaleregulering (jf. for direktøraftaler, afsnit 4.4.). Hvor ansættelsesretten frembyder en overvældende lovgivning om arbejde præsteret i *tjenesteforhold*, beror retsgrundlaget for andre personlige tjenesteydelser på parternes aftale og de regler, der i mangel af aftale kan udledes af baggrundsretten.

Fællestræk

4.1.b. Retten til arbejdsresultatet

En person, der engageres til at frembringe et formuegode for en anden og mod betaling, erhverver som udgangspunkt ikke ret til dette gode, se hertil *Hasselbalch* (2009), s. 1489 ff. Dette udgangspunkt er så klart og indlysende, at det sjældent er nødvendigt at aftaleregulere forholdet.

Udgangspunktet

Udgangspunktet modificeres, når arbejdsresultatet beskyttes af immaterialretlige regler. En immaterialret kan nemlig overdrages flere gange til forskellige parter til forskellige udnyttelsesfor-

*Immaterielle
rettigheder*

mer. Her kan man ikke, som udtrykt af *Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret*, 7. udg. (2005), s. 88, forlade sig på det engelske mundheld, at “*you cannot eat your cake and have it*”. Når der opstår uventede indtægtskilder, som parterne ikke havde indkalkuleret i transaktionen, og som måske i særlig grad skyldes medarbejderens kvalificerede indsats, kan man tale om, at samme værdi (nemlig medarbejderens intellektuelle frembringelse) “nyttiggøres” flere gange. Derfor kan det forekomme rimeligt at “dele kagen” anderledes, end når man skaber fysiske formuegoder. Dette resultat vil i mangel af særskilt aftale ofte følge af forudsætningssynspunkter. *U 1971.820 H* gav f.eks. en ingeniør ret til ekstra vederlag, da et byggefirma fandt en anden – og mere intens – udnyttelse for nogle beregninger, han havde foretaget. Se i samme retning *U 2011.955 H*.

Ophavs-
rettigheder

I ansættelsesforhold vil arbejdsgiveren normalt (og i mangel af modstående aftale) indtræde i de ophavsretlige beføjelser (“retspositioner”), der er nødvendige for at realisere formålet med arbejdsopdraget. En avisjournalist må forvente, at avisen trykker hans artikel i sine sædvanlige udgivelser. Situationen stiller sig muligvis anderledes ved uforudsete udnyttelsesformer, jf. nærmere *U 1978.901 H*, *U 1982.926 Ø*, *U 1993.180 Ø*, *U 1994.349 H*, der fastslår det udfyldende princip, at de ophavsretlige beføjelser i ansættelsesforhold ikke overgår til arbejdsgiveren i videre omfang end nødvendigt for dennes sædvanlige virksomhed. Hvad der i så henseende er “sædvanligt”, kan bero på vanskelige grænse-
sedragninger. Hensynet til klarhed i disse centrale retsforhold taler derfor for, at temaet afklares i aftalen med kreative medarbejdere, hvilket i dag er praksis. Tilsvarende regler – og et tilsvarende reguleringsbehov – gør sig gældende i aftaler med ikke-ansatte om rådgivningsopdrag mv., se hertil bemærkningerne herom s. 265 f.

Foruden forudsætningssynspunktet spiller det en rolle, hvilken *rettighedstype*, medarbejderens frembringelse beskyttes af. Visse immaterialrettigheder har en særlig forankring i den skabendes person. Det personlige element indtager f.eks. en central plads i den ophavsretlige beskyttelse, jf. OPHL § 3. I ophavsretten fortolker man aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder efter en såkaldt minimumsregel, se således OPHL § 53, stk. 3, og nærmere herom s. 415 f.

Som udgangspunktet har ophavsmanden rettighederne til sit værk. Dette udgangspunkt fraviges dog, når parterne har indgået en utvetydig aftale med et andet indhold.

En særlig regel gælder for *edb-programmer*. I medfør af OPHL § 59 overgår ophavsretten til et edb-program, der er frembragt af en arbejdstager under udførelse af dennes arbejde eller efter arbejdsgiverens anvisninger, til arbejdsgiveren. Bestemmelsen gælder, medmindre andet er aftalt. Tilsvarende etablerer § 4, stk. 1, nr. 2, i lov om beskyttelse af halvlederprodukters udformning en rettighedsfordeling, hvorefter eneretten til en *topografi* efter loven erhverves af en fysisk eller juridisk person, “når topografien er frembragt af en person, der er ansat hos den pågældende eller frembragt på bestilling af denne, medmindre det må anses aftalt, at eneretten tilkommer frembringeren”. For *patenter* gælder 1955-loven om arbejdstageres opfindelser, se lovbekendtgørelse nr. 104 af 24. januar 2012. Har en arbejdstager gjort en opfindelse, som han må anses for at være nået til gennem sin tjeneste, er arbejdsgiveren berettiget til at kræve retten til opfindelsen overdraget til sig for et eller flere lande, jf. lovens § 5. Samme ret har arbejdsgiveren, hvor udnyttelsen af opfindelsen ikke falder inden for virksomhedens arbejdsområde, såfremt opfindelsen angår en nærmere angiven opgave, som er stillet den ansatte af virksomheden. Den ansatte er i begge tilfælde berettiget til en “rimelig godtgørelse” til gengæld for at skulle afstå retten, jf. nærmere lovens § 8, der er præceptiv. Godtgørelse kan dog ikke kræves, hvis værdien af opfindelsen ikke overstiger, hvad arbejdstageren under hensyn til sine arbejdsforhold i det hele med rimelighed kan forudsættes at skulle præstere. Indholdet af den aftale, medarbejderen kan indgå med arbejdsgiveren om denne udnyttelsesret, er behandlet i min kommentar til loven (1995), s. 52 ff. For opfindelser gjort ved visse offentlige forskningsinstitutioner gælder reglerne i lov om opfindelser ved offentlige forskningsinstitutioner, jf. lovbekendtgørelse nr. 210 af 17. marts 2009.

4.1.c. Konkurrencebegrænsninger

Den selvstændighed og viljestyrke, som store talenter kan være besjælet med, driver dem ofte til at etablere egen virksomhed og få “foden under eget bord”. Nærmer man et sådant ønske, kan det være en smertelig hæmsko at være underlagt en konkurrencebegrænsning. Omvendt kan en vid adgang for medarbejdere til at konkurrere med arbejdsgiveren give frit og urimelig løb for snylting til skade for den tidligere arbejdsgiver. Det gælder ikke mindst, hvis den nye virksomhed – som det ofte er tilfældet –

Problemstillingen

bygger på kundekontakter og færdigheder skabt hos den tidligere arbejdsgiver.

Udgangspunktet

I mangel af særlig aftale herom (jf. herom generelt i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.5.b.) må grænserne for denne frihed fastlægges med udgangspunkt i den indgåede aftale og dens forudsatte loyalitetspligter (se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.3.b. og *Lærebog i obligationsret I*, afsnit 2.3.a.iv.). Ved aftaler med erhvervsdrivende suppleres disse principper med generalklausulen i MFL § 1, se hertil generelt *Jeppe Høyer Jørgensen: Ansattes konkurrencehandling – loyalitetspligt og markedsføringslovens §§ 1 og 19 (2010)*. Der må efter begge regelsæt ske en afvejning, hvor hensynet til erhvervsfriheden (der taler for at give den tidligere samarbejdspartner *fri adgang* til at konkurrere med den tidligere opdragsgiver) afvejes over for investeringshensynet (der taler for at beskytte den *goodwill*, virksomheden har oparbejdet).

Under ansættelsen

En medarbejder, der under sin ansættelse påfører arbejdsgiveren konkurrence i egen virksomhed, misligholder herved sin loyalitetspligt; han får jo sin løn for at arbejde i arbejdsgiverens interesse – ikke i sin egen.

Efter opsigelse

Loyalitetspligten gælder også i *opsigelsesperioden*, herunder hvis medarbejderen er fritstillet, medmindre der er særlige holdpunkter for det modsatte, jf. *U 1978.461 H* om en direktør. Det samme gælder *efter udløbet* af en opsigelsesperiode, i det omfang en konkurrenceklausul fortsat gælder. Udfører den opsagte medarbejder i disse tilfælde forberedelseshandlinger for senere at kunne etablere konkurrerende virksomhed, kan dette indebære en væsentlig misligholdelse af ansættelsesforholdet, der giver arbejdsgiveren hæveret. Varer handlingen ved, kan arbejdsgiveren få nedlagt et midlertidigt *forbud* efter reglerne i retsplejelovens kapitel 40.

Væsentlighed

Det krav om væsentlighed, der i givet fald kan begrunde en ophævelse af *ansættelsesforholdet* eller af den *konkurrenceklausul*, der gælder efter ansættelsesforholdets afslutning, kan være vanskelig. Således antages medarbejderen at have en vis adgang til at forberede en konkurrerende virksomhed uden herved at bringe sig i væsentlig misligholdelse, f.eks. skaffe lokaler og inventar, så længe forberedelserne ikke umiddelbart truer den tidligere arbejdsplads i opsigelsesperioden. Se herved *U 2015.1152 V*, der efter en konkret vurdering ikke fandt, at to medarbejdere havde

krænket deres konkurrenceklausul ved på LinkedIn kort før udløbet af klausulperioden at orientere om, at de efter klausulperiodens udløb var ansat hos konkurrenten, og at de kunne kontaktes med henblik på “business deals”.

Kravet om væsentlighed vil normalt være opfyldt, når den opsagte medarbejder tager konkrete skridt til at kapre virksomhedens ansatte eller kunder. I *U 2003.1916 Ø* blev en direktør med rette bortvist for i forbindelse med en planlagt konkurrerende virksomhed at have taget kontakt til en projektleder. Se derimod *U 2013.2849 V*, hvor en underordnet medarbejder, der som ansat konsulent kun havde udført en enkelt telefonisk arbejdsopgave for en nystartet konkurrerende virksomhed (på hvis hjemmeside medarbejderen dog allerede stod anført som “konsulent”), ikke dermed havde misligholdt ansættelsen væsentligt. Se også *Jeppe Høyer Jørgensen a.st.*, s. 66 ff., med henvisning til utrykt praksis om ansattes forberedelseshandlinger.

En *bortvisning* indebærer en ophævelse af aftaleforholdet, der hermed falder bort sammen med loyalitetspligten, som jo er forankret i aftalen. Derimod bortfalder pligten til at respektere arbejdsgeberens erhvervshemmeligheder ikke, jf. MFL § 19. Gjorde den det, ville den misligholdende part jo blive belønnet for sin misligholdelse.

*Ophævelsens
retsvirkninger*

Aftalevilkår, der har til formål at begrænse medarbejderes og samarbejdspartneres adgang til at konkurrere med opdragsgiveren (også) efter opdragets ophør, kan helt bredt betegnes som arbejdsmarkeds-klausuler. Se herved *Jens Paulsen: Arbejdsmarkeds-klausuler – erhvervsbegrænsende og mobilitetshæmmende aftaler* (2009) og samme i *ET 2012*, s. 195 ff. Sådanne vilkår er som udgangspunkt gyldige, jf. f.eks. *U 2000.2536 Ø*, men som anført i det følgende er mange af dem genstand for *præceptiv lovregulering*. At lovgiveren har indført beskyttelsesregler, skyldes dels klausulerne typisk ensidige karakter til fordel for arbejdsgeberen, dels at de ofte indgås i situationer, hvor medarbejderen pga. sit ønske om at opnå ansættelse står svagt og måske ikke har det fulde overblik over konsekvenserne af at forpligte sig på denne måde.

*Arbejdsmarkeds-
klausuler*

Vidtgående konkurrencebegrænsninger i arbejdsmarkeds-klausuler kan ofte tilsidesættes eller lempes med hjemmel i AFTL § 36, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 6.4.d. F.eks. kan klausulens

Aftalecensur

varighed begrænses eller modificeres, eller størrelsen af en *konventionalbod* kan reduceres. Se således *U 2011.284 V* (bod på 100.000 kr. i aftale med selvstændig vognmand nedsat til 25.000 kr.), *U 2008.611 V* (bod på 250.000 kr. i aftale med salgskonsulent nedsat til 70.000 kr.), *U 2007.1949 V* (bod på 200.000 kr. i direktøraftale nedsat til 50.000 kr.), *U 2004.2894 H* (fire overtrædelser af klausul, der hver var bodsbelagt med 500.000 kr., førte til samlet bodsbetaling på 350.000 kr.) og *U 2004.2400 H* (samlet dagbodsbetaling på 721.280 SEK reduceret til 100.000 SEK). I *U 1990.67 H* blev en konventionalbod svarende til ét års løn derimod opretholdt. I særlige tilfælde kan klausulen tilside-sættes i sin helhed, se f.eks. *U 2009.2800 SH* og *U 1979.931 Ø*.

Ugyldighedsvurderingen fremkommer som resultatet af et skøn, hvori der indgår en række faktorer: Hvilken *skade* har den retsstridige adfærd reelt påført virksomheden? Hvor stort må *tabet* ved den retsstridige adfærd formodes at være i forhold til bodsbeløbet? Hvor *grov* en overtrædelse er der tale om? Hvilken *status* har den forpligtede? Hvilke *fordele* har han haft af sit retsbrud? Og hvilken *forhandling* mellem parterne gik forud for vedtagelsen? For lønmodtagere gælder særlige regler i medfør af lov om ansættelsesklausuler (AKL), jf. herom afsnit 4.2.c.

AKL § 11

En særlig ugyldighedsregel, der *alene* gælder for konkurrenceklausuler (men til gengæld ikke kun i ansættelsesforhold), følger af AKL § 11, stk. 2. Ifølge denne bestemmelse er en aftale om en konkurrenceklausul efter lovens § 5, og konkurrencedelen af en kombineret klausul efter lovens § 7, ikke bindende for lønmodtageren, “for så vidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne om arbejdsgiverens tarv eller på urimelig måde indskrænker lønmodtagerens adgang til erhverv”. Der skal ved vurderingen af, om klausulen på urimelig måde indskrænker lønmodtagerens adgang til erhverv, også tages hensyn til den interesse, som arbejdsgiveren har i, at aftalen efterkommes. Tilsvarende gælder i medfør af stk. 3 i bestemmelsen også andre end lønmodtagere (f.eks. virksomheder), som har påtaget sig en forpligtelse til af konkurrencehensyn ikke at drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan. Ordene “på urimelig måde” peger hen på samme interesseafvejning som den, der indgår i AFTL § 36.

Reglerne om ansattes konkurrence- og kundeklausuler omtales nærmere i afsnit 4.2.c.

En konkurrenceklausul pålægger den forpligtede ikke at drive forretning eller søge og tage ansættelse i virksomheder, der *konkurrerer* med den virksomhed, den berettigede udøver. Fordi klausulen knytter sig til en given konkurrenceadfærd, må den angive en erhvervsaktivitet. Jo mere *generelt* den formuleres, desto mere begrænses den forpligtedes beskæftigelsesmuligheder, og jo vanskeligere kan det være – uden særskilt modydelse – at opretholde klausulen som gyldig, jf. herom straks nedenfor. Angivelsen kan enten ske *geografisk* (f.eks. målt i antal km fra den virksomhed, der drives) eller *markedsræssigt* (f.eks. målt i en bestemt type forretningsmæssig aktivitet).

*Konkurrence-
klausuler*

Konkurrenceklausuler efterlader ofte fortolkningstvivl, f.eks. når klausulen kræver, at den omfattede virksomhed “væsentligt” konkurrerer med arbejdsgiveren, jf. *Morten Langer* (2010), s. 60 ff., om klausulernes faglige dækningsområde. Ved man, hvilke handlinger der er skadelige for arbejdsgiveren, bør disse handlinger angives udtrykkeligt. Herved kan man vel risikere at fastlåse klausulen i relation til forhold, som måske senere viser sig uaktuelle. Men denne risiko er nu engang prisen for at være præcis. At man alligevel ofte ser konkurrenceklausuler formuleret efter generelle kriterier, kan nok forklares med, at de ofte ikke underkastes individuel forhandling. I koncernforhold vil sådanne vilkår ofte blive konciperet i moderselskabets juridiske afdeling med sigte på forskelligartede datterselskaber og medarbejdergrupper.

En konkurrenceklausul kan f.eks. lyde som følger:

“Opsiger lønmodtageren sin stilling, uden at dette er motiveret i misligholdelse af de af selskabet påhvilende pligter, eller opsiges han af selskabet på grund af sådanne af ham udviste forhold, som har givet rimelig grund til opsigelsen, er han uberettiget til i ét år efter sin fratrædelse nogetsteds i Danmark eller i ... (lande/verden) direkte at være beskæftiget i nogen anden virksomhed, der på nogen som helst måde helt eller delvis konkurrerer med de af den nuværende arbejdsgiver helt eller delvist ejede virksomheder.

Lønmodtageren er ligeledes uberettiget til i ét år fra sin fratrædelse at rette henvendelse til eller påtage sig arbejde af samme karakter som udføres af koncernens virksomheder for virksomheder, som er omfattet af konkurrenceklausulen.

I tilfælde af overtrædelse af nærværende konkurrenceklausul skal lønmodtageren betale en konventionalbod stor XX kr.

Overtrædelse af nærværende konkurrenceklausul kan ligeledes imødegås med fagedforbud, og overtrædelse forpligter til fuld erstatning over for selskabet for den skade og det tab, selskabet måtte lide.”

Kundeklausuler

En kundeklausul forbyder den forpligtede (f.eks. en ansat eller en partner) at drive forretning med eller opnå ansættelse hos *kunder*, som den forpligtede har haft kontakt med hos den berettigede virksomhed. Den forhindrer ikke medarbejderen i at *tage ansættelse* hos en konkurrerende virksomhed, blot den tidligere arbejdsgivers kunder ikke betjenes, jf. *U 2011.263 H*. I ansættelsesforhold er formålet at give den berettigede tid til at fastholde virksomhedens relation til de kunder, som den forpligtede har opbygget et personligt tillidsforhold til. Kundeklausuler begrænser ikke retten til at drive konkurrerende virksomhed, så længe denne virksomhed finder sted over for *nye* kunder. Derfor kan man ikke betragte en kundeklausul som en reelt konkurrencebegrænsende aftale.

Kredsen af de kunder, der omfattes af en kundeklausul, kan enten afgrænses *relativt* (f.eks. efter den forpligtedes faktiske kontakt med de pågældende) eller *absolut* (ved at de pågældende kundenavne angives udtrykkeligt).

Leverandørklausuler

En variant af kundeklausulen er den såkaldte leverandørklausul, der opfylder en tilsvarende funktion i relation til virksomhedens *leverandører*. Se hertil *Jens Paulsen: Arbejdsmarkedsklausuler* (2009), s. 179 ff., med aftaleeksempel s. 446 f.

Jobklausuler

Ifølge AKL § 3 kan aftaler om jobklausuler ikke indgås. En jobklausul defineres i lovens § 1, stk. 2, nr. 4, som enten en aftale, som en arbejdsgiver indgår med *andre virksomheder* med henblik på at hindre eller begrænse en lønmodtagers muligheder for at opnå ansættelse i en anden virksomhed, eller en aftale indgået med *en lønmodtager* med samme henblik. Aftaleretligt omfatter begrebet altså to forskellige situationer. I den *ene* situation bliver lønmod-

tageren (måske intetanende) genstand for den aftale, arbejdsgiveren har indgået med en anden part, f.eks. som led i en interessentskabsaftale. En advokatfuldmægtig, der er ansat i et advokatinteressentskab, og for hvem samarbejdet med principalen spiller en afgørende rolle, kan dermed blive afskåret fra at følge principalen til et nyt advokatfirma. I den *anden* situation fremgår klausulen af lønmodtagerens aftale med arbejdsgiveren. Sådanne klausuler kan nu kun indgå i forbindelse med virksomhedsoverdragelser inden for de snævre rammer, der sættes af AKL § 4.

Forbuddet mod jobklausuler omfatter kun de to typer af jobklausuler, der er defineret i AKL § 1, stk. 2, nr. 4. Andre klausuler kan indgås uafhængigt af lovens regulering. Hertil hører f.eks. klausuler, der alene forpligter en ledende medarbejder til i en periode efter sin fratreden ikke at tage initiativ til at få medarbejdere, som har arbejdet inden for lederens hidtidige ansvarsområde, ansat uden for arbejdsgiverens virksomhed, jf. *U 2012.120 H*. Ej heller anses branchemæssigt fastsatte begrænsninger i adgangen til at ansætte medarbejdere for omfattet. Retsvirkningerne af sådanne klausuler beror derfor på almindelige aftaleretlige regler, herunder aftalelovens § 36.

Som anført i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.2.a., bør unndladellesforpligtelser almindeligvis *tidsbegrænses*. Det er ikke ualmindeligt, at konkurrenceklausuler begrænses til et år efter ansættelsesforholdets ophør.

Tidsbegrænsning

Såvel konkurrence- som kundeklausuler kan tænkes *sanktioneret* på talrige måder, jf. nærmere *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.5.b. Foruden naturalopfyldelse (der kan håndhæves ved midlertidigt forbud, se f.eks. *U 1999.2093 Ø*) er *konventionalbod* en hyppig sanktion. Dennes størrelse bør afpasses under indtryk af, hvilke tab den forpligtede må formodes at lide ved misligholdelsen. Også for den slags klausuler gælder, at de ofte ikke forhandles indgående: Et ønske om at slippe billigere sender jo et signal om, at man har tænkt sig at bryde klausulen! Derfor ser man ofte klausuler, hvor arbejdsgiveren så at sige har taget munden fuld med meget høje bodsbeløbet. Som anført s. 201 f. vil domstolene ofte korrigere urimelige klausuler af den art med hjemmel i AFTL § 36.

Sanktionering

Mange klausuler indeholder elementer af såvel konkurrenceklausuler som kundeklausuler. Et eksempel herpå er den erhvervs-

Blandede klausuler

begrænsende aftale, der anbefales af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (kaldet “FSR-klausulen”), se hertil *Jens Paulsen: Ansættelsesklausuler* (2016), s. 368 f., og samme forfatter: *Arbejdsmarkedsklausuler* (2009), s. 203 ff. Klausulen lyder som følger:

“I et tidsrum af to år fra sin fratræden forpligter medarbejderen sig til ikke under nogen form, hverken direkte eller indirekte at

(1) påtage sig revisionsarbejde, regnskabsmæssig bistand, konsulentbistand eller lignende for nogen, der er eller har været klient hos arbejdsgiveren inden for de sidste to år før fratrædelsen,

(2) være økonomisk eller på anden måde interesseret i noget revisionsfirma, der udfører revisionsarbejde, regnskabsmæssig bistand, konsulentvirksomhed eller lignende for de ovenfor nævnte klienter eller være tilknyttet eller ansat i det kontor, der udfører sådant arbejde,

(3) anbefale eller henvise de ovenfor nævnte klienter til en revisor eller et revisionsfirma, som er økonomisk (f.eks. gennem aktiekapitalbesiddelse, fællesaktionærer eller lignende) eller på anden måde tilknyttet den revisionsvirksomhed, hvor medarbejderen bliver ansat, tilknyttet eller som han bliver medejer af.

Såfremt medarbejderen overtræder denne forpligtelse, og såfremt arbejdsgiveren ikke desuagtet beholder klienten, ifalder medarbejderen en erstatning til arbejdsgiveren, hvis størrelse udgør det dobbelte af det honorar, som arbejdsgiveren har oppebåret hos den pågældende klient i det sidste år før medarbejderens fratræden. Betaling af erstatningen berettiger ikke medarbejderen til fortsat at arbejde for klienten, og arbejdsgiveren er berettiget til at anvende ethvert andet retsmiddel som f.eks. fagedforbud mod overtrædelsen.

De ovenstående bestemmelser omfatter ikke sådanne klienter, som medarbejderen under sin ansættelse har tilført arbejdsgiveren alene i kraft af slægtskab eller personligt bekendtskab, der er uden forbindelse med hans ansættelse hos arbejdsgiveren. Det er en forudsætning, at de her omhandlede klienters navne straks påføres nærværende kontrakt.

Ved fratrædelse er medarbejderen pligtig at aflevere alt materiale, der er arbejdet med under ansættelsen.”

En *uddannelsesklausul* pålægger en medarbejder under uddannelse særlige pligter, fordi arbejdsgiveren har betalt for dennes uddannelse. Undertiden indgås den slags aftaler som særskilte *uddannelsesaftaler*. Når en virksomhed finansierer en medarbejders efteruddannelse, vil virksomheden normalt forvente, at medarbejderen vender retur til virksomheden for at kunne nyttiggøre sine nye færdigheder i en vis periode. Denne forventning sanktioneres da ved en pligt for medarbejderen til at tilbagebetale en del af udgifterne til uddannelsen, hvis han fratræder stillingen inden en vis periode efter afsluttet uddannelse, eventuelt således at den nye arbejdsgiver (gennem en såkaldt *successionsaftale*) overtager tilbagebetalingspligten. Selv om klausulen ved at fastholde medarbejderen til arbejdsgiveren begrænser medarbejderens mobilitet, kan den ikke sidestilles med konkurrence- eller kunde-klausulen. Vidtgående uddannelsesklausuler, der f.eks. binder medarbejderen til arbejdsgiveren i et uforholdsmæssigt langt tidsrum, eller som også søges opretholdt ved arbejdsgiverens misligholdelse, kan efter omstændighederne tilsidesættes efter AFTL § 36. Klausuler, der tjener et loyalt formål, vil derimod som udgangspunkt være gyldige. En rimelig afbalancering vil f.eks. kunne opnås, hvis klausulen over en periode nedtrapper tilbagebetalingspligten for medarbejderen. Se nærmere om sådanne klausuler og aftaler *Morten Langer & Nicole Offendal: Incentives og bonusordninger*, 2. udg. (2015), s. 194 ff.

*Uddannelses-
klausuler*

En fastholdelsesklausul går ud på, at medarbejderen opnår en særlig kompensation, hvis han eller hun ikke opsiger ansættelsesaftalen inden for et bestemt tidsinterval, f.eks. 6, 12, 18 eller 24 måneder. Sådanne klausuler indgås ofte med nøglemedarbejdere, når arbejdsgiveren indleder forhandlinger med henblik på virksomhedsoverdragelser. Kompensationen kan f.eks. være en særlig bonus, der udbetales kontant, f.eks. i forhold til opnåede resultater, eller et vederlag i kapitalandele, der står i forhold til en kursudvikling. Ifølge AKL § 4, stk. 2, er sådanne klausuler gyldige i 6 måneder efter forhandlingens afslutning, selv som jobklausuler ellers ville være omfattet af forbuddet i lovens § 3.

*Fastholdelses-
klausul*

Royaltyklausul

En royaltyklausul er en konkurrenceklausul, der dog tillader den tidligere medarbejder at tage ansættelse i konkurrerende virksomheder mod betaling af en rimelig royalty til den tidligere arbejdsgiver. Det er tvivlsomt, om en sådan klausul – der ikke nyder stor udbredelse – overhovedet kan anses som en konkurrenceklausul, som defineret i AKL § 1, stk. 2, nr. 5, fordi muligheden for at frigøre sig fra den ved betaling ikke opfylder kravet om, at lønmodtageren “ikke må drive forretning eller anden virksomhed”. På den ene side kan man sige, at betalingspligten ikke kan sidestilles med et forbud, så længe den lever sit eget liv og ikke f.eks. ved ikke-betaling giver arbejdsgiveren adgang til at håndhæve konkurrencebegrænsningen. På den anden side vil en følelig *betalingspligt* skabe helt samme motivation til at holde sig fra den konkurrenceskadelige adfærd som et egentligt *forbud*. Se om spørgsmålet i relation til den dagældende FUL § 18a *Jens Paulsen* i ET 2014, s. 189 ff., med henvisninger til anden litteratur. Spørgsmålet er ikke afgjort i retspraksis.

4.1.d. Aktieløn*Problemstillingen*

En række virksomheder tilbyder særlige grupper af medarbejdere, direktører, bestyrelsesmedlemmer eller andre med en særlig tilknytning at oppebære deres vederlag helt eller delvis i form af kapitalandele i virksomheden. Hvem der bliver genstand for en sådan aflønning, og hvordan den klausuleres, varierer fra virksomhed til virksomhed og fra branche til branche. Som omtalt s. 79 f. tvinger skatteretlige regler den enkelte virksomhed til at indgå en særlig aftale herom med den ansatte. Ofte vil virksomheden have udpeget de medarbejdere, der kan tilgodeses på denne måde i en lokalaftale. Gruppen af *berettigede* medarbejdere kan f.eks. afgrænses efter deres funktion i virksomheden (f.eks. mere eller mindre innovativ, mere eller mindre produktiv) og/eller deres anciennitet.

Aktieoptionsloven

Med reglerne i lov nr. 309 af 5. maj 2004 om brug af købsret og tegningsret mv. i ansættelsesforhold (aktieoptionsloven) er der givet særlige regler for ordninger eller aftaler, der giver en lønmodtager ret til som led i ansættelsesforholdet at købe aktier eller anparter eller tegne nyudstedte aktier eller anparter på et senere tidspunkt, jf. lovens § 1. Loven pålægger arbejdsgiveren en række oplysningsforpligtelser. Loven regulerer også retsstillingen mellem parterne, hvis lønmodtageren fratræder, før op-

tioner er udnyttet. Den er beskyttelsespræceptiv til fordel for lønmodtageren, jf. § 8

Ifølge lovens § 3, stk. 1, skal arbejdsgiveren i en særskilt skriftlig erklæring give lønmodtageren oplysninger om (1) tidspunkt for tildeling af retten til senere at tegne eller købe aktier eller anparter, (2) kriterier eller betingelser for tildeling af retten til senere at tegne eller købe aktier eller anparter, (3) udnyttelsestidspunkt eller udnyttelsesperiode eller reglerne for fastsættelse heraf, (4) den kurs (eller reglerne for fastsættelse heraf), som tegningen eller købet af aktier eller anparter kan erhverves for på udnyttelsestidspunktet eller i udnyttelsesperioden, (5) lønmodtagerens retsstilling ved fratræden og (6) de økonomiske aspekter af deltagelse i ordningen. Oplysningerne skal gives på dansk senest samtidig med, at oplysningen om ordningen eller aftalen skal indføres i ansættelsesbeviset efter reglerne i ansættelsesbevisloven, jf. § 3, stk. 2. Tilsidesættelse af oplysningspligten medfører pligt til at betale godtgørelse, jf. lovens § 7.

– oplysningspligten

Fratræder lønmodtageren, før aktieoptionerne er udnyttet, beror retten til at udnytte aktieoptionerne på årsagen hertil. Skyldes det lønmodtagerens opsigelse, bortfalder optionerne, jf. lovens § 4, stk. 1, medmindre fratrædelsen skyldes arbejdsgiverens misligholdelse (stk. 3) eller lønmodtagerens tilbagetrækning fra arbejdsmarkedet (jf. nærmere stk. 2). Ved arbejdsgiverens opsigelse bevarer lønmodtageren derimod retten til de ikke-udnyttede aktieoptioner, som om han fortsat var ansat, jf. lovens § 5, stk. 1. Det gælder dog ikke, hvis opsigelsen skyldes lønmodtagerens misligholdelse, jf. stk. 2.

– fratræden før udnyttelse

Når aktievederlag indgår som led i kommercielle transaktioner, der involverer forskellige parter, kan der opstå tvivl om, hvem der hæfter for hvilke økonomiske byrder ved en sådan aflønning. Over for lønmodtagere hæfter arbejdsgiveren for aftaleopfyldelsen. Det gælder også, når det i det endelige opgør vil være arbejdsgiverens moderselskab, der skal udrede aktierne. Se herved bemærkningerne s. 75 med henvisning til *U 2011.2654 H*.

Hæftelsen

4.1.e. Andre fælles reguleringsområder

Som anført i indledningen til dette kapitel går der et skel mellem de arbejdsopdrag, der præsteres i ansættelsesforhold, og dem, der bygger på andre samarbejdsrelationer. Oversigtsmæssigt kan

Ansæt eller partner

man sondre mellem tre kategorier: *Ansættelsesforhold* (som forudsætter et tjenesteforhold, jf. nærmere afsnit 4.1.a.), *partnerskaber* (der forudsætter et medejerskab, se hertil afsnit 2.1.b.) og andre typer af *samarbejdsforhold* (“*independent contracting*”), der alene bærer det fællestræk, at de udspringer af et aftalegrundlag.

– lovregulering

Om en person er tilknyttet virksomheden som ansat medarbejder (dvs. indgår i et *tjenesteforhold*) eller som selvstændig erhvervsdrivende, er afgørende for, om den ansættelsesretlige lovgivning kan anvendes. Der kan være mange *reale* lighedspunkter mellem den lille, selvstændige virksomhedsudøver, der som erhvervsdrivende enkeltperson går i forhandling med en stor og veletableret leverandørvirksomhed, og en medarbejders relation til en arbejdsgiver. Navnlige styrkeforholdene ulige i begge aftaletyper. Denne konstatering kan efter omstændighederne indgå i en vurdering af, om der er grundlag for at anvende aftaleretlige ugyldighedsregler. Men selv om der er reale lighedspunkter, kan man ikke udstrække *beskyttelsespræceptiviteten* ved analogi. Hertil er forskellen for betydelig. Se f.eks. *U 2007.1731 V*, hvor en plejeaftale med en kommune ikke ansås som en ansættelsesaftale, og *U 2001.1011 H*, der ikke gav en tidligere indehaver af et Carlsberg-depot beskyttelse i medfør af virksomhedsoverdragelsesloven.

– overenskomstregulering

En persons status som ejer eller medarbejder har også betydning for, om vedkommende er omfattet af kollektive overenskomster, se hertil *Steen A. Rasmussen* i *U 2002B*, s. 287 ff. Som her anført (s. 291) viser retspraksis, at arbejdsretten (og før den, den faste voldgiftsret) foretager en konkret vurdering af, om en interessentskabskontrakt, et antal anparter eller en franchiseaftale i sig selv skal medføre, at en medarbejder skifter status fra at være “arbejdstager” til nu at blive “arbejdsgiver”. Selve aftalen er ikke tilstrækkelig hertil.

Et centralt spørgsmål i den forbindelse er, om en medarbejder, der køber aktier i en virksomhed, dermed får status som “medejer” i overenskomstens betydning med den virkning, at overenskomsten ikke kan påberåbes. § 6, stk. 1, i Hovedaftalen mellem LO og DA (pr. 1. januar 1993) siger herom, at “Hovedorganisationerne vil modvirke forsøg på at holde personer uden for arbejdstagerorganisationerne under påberåbelse af selskabsretlige og andre aftaler eller indehavelse af anparter eller aktier,

som ikke gør de pågældende til virkelige medejere af virksomheden.” Videre hedder det i stk. 2, at der ved afgørelsen af, om der er tale om en virkelig medejer, udover ejerskabet, lægges vægt på, om den pågældende kan afskediges i henhold til almindelige ansættelsesretlige regler. Som udgangspunkt vil aktiebesiddelse, der ikke er forbundet med nogen reel mulighed for at disponere over virksomheden, ikke udvirke et “ejerskab” i denne henseende. På tilsvarende måde vil et medarbejdervalgt bestyrelsesmedlem ikke hermed miste sin status som funktionær mv. i virksomheden.

En tjenesteydelse må ligesom andre realydelser beskrives, så det kan afklares, hvornår ydelsen er præsteret. Man sonderer her mellem resultatforpligtelser og indsatsforpligtelser. I ansættelsesforhold betegnes resultatforpligtelser som *akkordarbejde*. Resultatforpligtelser forekommer også i aftaler om enkeltstående opdrag, f.eks. inden for rådgivning (f.eks. en advokats opdrag om at berigtige en ejendomshandel). Her vil beskrivelsen ofte være ledsaget af specifikke kvalitetskrav.

*Præstations-
handlingen*

Aftalen bør også forholde sig til de ydre omstændigheder, der omgiver præstationshandlingen. Den ansatte vil ofte være interesseret i en relevant stillingsbeskrivelse (titel). Er der tale om en *indsatsforpligtelse*, vil aftalen normalt stille krav om fysisk tilstedeværelse inden for bestemte tidsfrister eller arbejdstider. Ligeledes kan det være relevant at fastslå, hvilke *betingelser* tjenesteyderen kan stille for sin præstation, f.eks. for ledende medarbejdere sekretær- og kontorfaciliteter samt arbejdsredskaber (telefoni, internet, hjemmearbejdsplads mv.).

I aftaler om indsatsforpligtelser, jf. herom *Lærebog i obligationsret I*, afsnit 2.1.d., bærer realkreditor risikoen for, at ydelsen opnår sit tiltænkte *formål*. Ydelsen er nemlig præsteret korrekt, når realdebitor (medarbejderen, samarbejdspartneren) har gjort sit bedste (*best efforts*) for at nå resultatet. Denne risiko kan realkreditor minimere ved at indføre *prøveforløb* eller ved at lade transaktionen strukturere i *faser*, se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.2.3. Dette princip kendes f.eks. i den ansættelsesretlige *prøvetidsansættelse*, se f.eks. funktionærlovens § 2, stk. 5-6, og i den *faseopdelte rådgivningsydelse*, se f.eks. ABR89 pkt. 2.3.2, der efter hver delopgave giver klienten mulighed for at træffe beslutning om fortsættelse.

*Indsats-
forpligtelser*

Under udførelsen af sin præstationshandling kan tjenesteyde-

*Tredjemands-
relationer*

ren komme til at give tredjemand indtryk af, at han kan forpligte opdragsgiveren. Ifølge AFTL § 10, stk. 2, kan opdragsgiveren bindes, hvis tjenesteyderen ifølge aftale med opdragsgiveren indtager en stilling, som *efter lov eller sædvane* medfører beføjelse for ham til inden for visse grænser at handle på den andens vegne. Bestemmelsen er ikke begrænset til ansættelsesforhold, sml. f. eks. *U 1980.238 V*, der antog, at en arkitekt havde fuldmagt til at disponere på bygherrens vegne vedrørende om- og tilbygningsarbejde. Da legitimationen beror på, hvilken stilling han har efter “lov eller sædvane”, rækker det ikke, at aftalen søger at begrænse tjenesteyderens legitimation. Aftalen kan derimod forpligte tjenesteyderen til at optræde på en måde, der enten bringer tredjemand ud af formodningen om, at der består en legitimation, eller bringer tredjemand i ond tro om hans manglende bemyndigelse. Det er op til hovedmanden at kontrollere, at denne forpligtelse efterleves. Forventes tjenesteyderen at korrespondere med tredjemand, kan aftalen forpligte ham til at optage en af opdragsgiveren godkendt notits om sin manglende aftaleretlige bemyndigelse i sådanne henvendelser.

*Personligheds-
beskyttelse*

De foranstaltninger, virksomheden kan ønske at gennemføre af hensyn til sin sikkerhed eller sin markedsføring, kolliderer med den personlighedsbeskyttelse, som i disse år er under opbygning på forskellige lovgivningsområder. Hovedhjørnestenen i denne regulering er lov om behandling af personoplysninger (“persondataloven”). Loven bygger på en række retlige standarder. Hertil hører for det første den retlige standard “god databehandlings-skik”, jf. § 5, stk. 1, nr. 1. For det andet opstiller den en række krav, der må være opfyldte, selv ved behandling af almindelige (ufølsomme) personoplysninger, se lovens § 6, stk. 1. Da der ikke er klare forestillinger om indholdet af disse regler, kan det være nødvendigt at aftaleregulere forholdet og dermed undgå skuffelser, jf. herom senere.

Overvågning

Som led i sin sikkerhedspolitik kan virksomheden ønske at overvåge medarbejderes kommunikation og adfærd. Særlige lovregler kan sætte grænser herfor. F.eks. forbyder § 13 i persondataloven offentlige myndigheder og private virksomheder at foretage automatisk registrering af, hvilke telefonnumre der er foretaget opkald til fra virksomhedens telefoner. Arbejdsgiveren kan dog selv afgrænse det område, hvor der er adgang til

at overvåge en sådan kommunikation, gennem en utvetydig, ensidig markering herom, se hertil *IT-retten*, s. 750. En sådan markering behøver ikke fremgå af ansættelsesaftalen, hvis blot den falder inden for ledelsesretten. Ofte nøjes arbejdsgiveren med at kundgøre et regelsæt herom. Et vilkår i ansættelsesaftalen kan dog modvirke afgrænsningsspørgsmål, herunder om ledelsesrettens udstrækning. Arbejdsgiverens ønske om indblik i medarbejdernes personlige elektroniske kommunikation (hvor en sådan tillades) skal i alle tilfælde respektere de almindelige regler i persondataloven, herunder interesseafvejningsreglen i lovens § 6, stk. 1, nr. 7.

Et forslag til Retningslinjer for Internetadgang og brug af e-mail findes hos *Anne Kathrine Schön*: Internet og e-mail (DA's Forlag, 2001). Se ligeledes *IT-sikkerhedsrådets* vejledning om brug af e-post og internet på arbejdspladsen (januar 2002). Findes der ingen sådanne forskrifter, og ønsker ledelsen at få adgang til et lukket domæne, må den anmode om medarbejderens bistand i form af dennes udlevering af *passwords* mv. Nægter medarbejderen uden gyldig grund at give ledelsen adgang til sådanne områder, kan dette efter omstændighederne udgøre et sådant brud på tjenestepligten, at arbejdsgiveren opnår ret til at ophæve ansættelsesforholdet.

Persondataloven indebærer, at medarbejdere og andre tilknyttede tjenesteydere skal give udtrykkeligt samtykke til en persondata-behandling, der ikke kan anses som nødvendig for at opfylde ansættelsesaftalen, jf. lovens § 6, stk. 1, nr. 2. Hvor denne grænse går, kan give anledning til tvivl. Skal arbejdsgiveren f.eks. kunne lægge biografiske oplysninger (fødselsdato, uddannelse mv.) samt fotos på sin hjemmeside for dermed at synliggøre medarbejderens kvalifikationer? En usikkerhed herom kan afklares ved aftaleregulering. I ansættelsesaftalen bør medarbejderen tillade, at der forud for en virksomhedsoverdragelse stilles personoplysninger til rådighed for potentielle købere og deres rådgivning som led i en *due diligence*-undersøgelse af virksomheden (se hertil afsnit 2.8.d.).

Stridigheder mellem virksomheden og en ledende medarbejder, som under tumult og kiv har forladt ansættelsen i utide, kan føre til ubehagelig omtale for virksomheden, der skaber

*Persondata-
beskyttelse*

Konfliktløsning

badwill på markedet. Det samme kan sager med andre tjenesteydere, hvis ydelse er præsteret under fortrolighed. Typisk vil ingen af parterne ønske sådanne sager bragt frem i en offentlig domstolsproces. Vel kan man i medfør af retsplejelovens § 29, stk. 1, nr. 3, forlange *dørlukning*, når sagens behandling i et offentligt retsmøde vil udsætte nogen for en unødvendig krænkelse, “herunder når der skal afgives forklaring om erhvervshemmeligheder.” Men det vil altid bero på rettens skøn, om denne bestemmelse vil blive bragt i anvendelse. Hertil kommer, at selve sagens placering på retslisten for en domstol indebærer en ubehagelig eksponering.

Dette ønske om diskretion kan tilgodeses ved aftaler om *voldgift* i sådanne samarbejdsforhold. For medarbejdere, der ikke opnår kritisk viden under ansættelsesforholdet, kan det være svært at se behovet for voldgiftsbehandling. Insisterer virksomheden på, at en underordnet medarbejder af hensyn til virksomhedens erhvervshemmeligheder skal påtage sig en voldgiftsklausul, vil det være passende også at vedtage, at virksomheden påtager sig samtlige omkostninger til voldgiftsretten ved en sådan sagsførelse. I modsat fald kan klausulen blive prohibitiv for medarbejderens mulighed for efterfølgende at sagsøge virksomheden. Efter omstændighederne kan sådanne voldgiftsklausuler tilsidesættes som ugyldige, jf. AFTL § 36. Se hertil *Henrik Karl Nielsen* i U 2008B, s. 295 ff.

4.2. Ansættelsesaftaler

4.2.a. Kendetegn

Afgrænsning

En ansættelsesaftale er en gensidigt bebyrdende aftale, hvis realdebitor er en *fysisk person* (den ansatte, medarbejderen), der under *lydighedspligt* præsterer en *personlig tjeneste* for en anden (arbejdsgiveren, principalen) mod betaling i *penge* (løn, vederlag). Begrebet dækker både længerevarende arbejdsforhold (som f.eks. er typiske på funktionærområdet) og enkeltstående aftaler, som indgås fra dag til dag (som det f.eks. kendes inden for visse områder for ufaglært arbejde).

Arbejdspligten

I kraft af *tjenesteforholdet* (se herom s. 196) kan arbejdsgiveren pålægge den ansatte at *foretage* eller *undlade* bestemte handlinger, så længe disse falder inden for den ansattes arbejdsområde. Denne ret til at *lede og fordele arbejdet* reducerer på den ene side behovet for detailregulering. På den anden side har netop denne

partsrelation ført til den meget intense lovregulering til beskyttelse af medarbejderen. Se nærmere om arbejdspræstationen afsnit 4.2.f.

Til gengæld for sin præstation modtager den ansatte et vederlag, der beregnes i forhold til en objektivt fastlagt, men ofte variabel, målestok, f.eks. tid eller mængde. Typisk – men ikke definatorisk – etablerer dette vederlag grundlaget for den ansattes livsførelse. Navnlig i perioder med høj ledighed, men også i øvrigt, præges aftaleindgåelsen af en styrkeforskel mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Disse regler har på en række områder ført til begrænsninger i den almindelige aftalefrihed, jf. straks nedenfor. Nærmere om lønvederlagets fastsættelse i afsnit 4.2.g.

Vederlaget

4.2.b. Retlig regulering

Ansættelsesaftaler reguleres af en flerhed af retskilder, hvor individuelle aftaler og kollektive overenskomster (hvor der er faglige organisationer inde i billedet) suppleres med udfyldende og præceptiv lovregulering. I dette afsnit sættes fokus på lovreguleringen. Afsnit 4.2.d. ser på lov om ansættelsesbeviser. Afsnit 4.2.e. og de følgende afsnit behandler herefter behovet for aftaleregulering.

En del af lovreguleringen fremtræder horisontalt, dvs. med gyldighed for alle ansættelsesforhold. Det mest fremtrædende eksempel herpå er *lov om ansættelsesbeviser* (se herom under 4.2.d.). Den tager sigte på alle ansættelsesforhold og har ved sit generelle dokumentationskrav praktisk betydning for alle ansættelsesaftaler, der er omfattet af loven. Tilsvarende bredt favner ferieloven. Andre eksempler, der omtales andre steder i denne fremstilling, er *lov om ansættelsesklausuler* (AKL), der omtales under 4.3.c., *aktieoptionsloven*, der pga. dens bredere anvendelsesområde allerede er omtalt under 4.1.d., *virksomhedsoverdragelsesloven*, der omtales s. 107 f., *lov om tidsbegrænset ansættelse* (jf. lovebkendtgørelse nr. 907 af 11. september 2008 med senere ændringer) og *arbejdstidsloven* (jf. lovebkendtgørelse nr. 896 af 24. august 2004). Hertil kommer særlige reguleringsområder i anden lovgivning, som ofte (men ikke altid) får betydning i ansættelsesforhold.

*Horisontal
lovregulering*

Nogle love indeholder såvel aftaleretlige som offentligretlige aspekter, herunder ligebehandlingsloven, deltidsansættelsesloven, lov om dagpenge ved sygdom eller fødsel og arbejdsskadesikringsloven. Hertil kommer den *institutionelle* overbygning

til retsområdet, som f.eks. findes i lov om arbejdsretten og de faglige voldgiftsretter (lov nr. 106 af 26. februar 2008), lov om mægling i arbejdsstridigheder (jf. lovbekendtgørelse nr. 709 af 20. august 2002) og de *skatteretlige* regler, der bl.a. understøtter aktieoptionsordninger og arbejdsmarkedspensioner.

*Vertikal lov-
regulering*

Vertikal lovgivning kendetegnes ved kun at gælde for bestemte ansættelsesforhold. Inden for en række samfundssektorer finder man lovgivning, der tager sigte på de særlige forhold, der gør sig gældende i et fag eller en branche. Eksempler herpå er sømandsloven og lov om visse arbejdsforhold i landbruget mv. Også formueretlige love som KMSL og HAL kan siges at regulere særlige typer af opdrag, nemlig vedrørende kommissionærer og handelsagenter. Men da disse tjenesteydere almindeligvis vil optræde i *egen virksomhed* (dvs. som selvstændige erhvervsdrivende uden for tjenesteforhold), omtales de ikke i det følgende.

*Funktionær-
loven*

Den væsentligste vertikale lovregulering er funktionærloven (FUL). Loven omhandler ganske vist kun ansættelsesaftaler med *funktionærer*, jf. om dette begreb lovens § 1. Men da denne gruppe af medarbejdere findes i alle brancher, kendes – og accepteres – loven og dens principper i relation til talrige andre typer af ansættelser. Derfor nyder dens grundlæggende principper bred anerkendelse. Det ses ofte ved, at parter i ansættelsesforhold, der ellers ikke ville være omfattet af FUL, aftaler, at loven alligevel skal anvendes. Også i øvrigt kan lovens grundlæggende principper efter omstændighederne benyttes som udfyldende ret. Dens præceptive regler (herunder om opsigelse) kan dog ikke anvendes ud over dens saglige område.

Baggrundsret

Som hermed antydet er ansættelsesaftalen undergivet en intens almen og speciel lovregulering. Det fremgår ikke altid af de ansættelsesretlige love, at de kun tager sigte på personer i tjenesteforhold. En sådan afgrænsning må dog ofte underforstås, se f. eks. *U 1993.11 H* (virksomhedsoverdragelsesloven ikke anvendt på direktør) og *U 1994.571 V* (orkester på 2-3 medlemmer ej heller omfattet).

Stort set al ansættelseslovgivning tilsigter at beskytte den ansatte, der typisk vil stå svagt i aftaleforhandlingen og derfor kan føle sig presset til at acceptere vidtgående vilkår for ansættelsen. De ansættelsesretlige love er derfor ofte beskyttelsespræceptive, se f.eks. FUL § 21. For konciperingsarbejdet betyder præcepti-

viteten, at parterne løbende må sikre sig, at aftalen ikke støder på præceptive aftaleforbud. Det vil føre for vidt på dette sted at gennemgå grænserne for denne præceptivitet. Læseren henvises til den ansættelsesretlige speciallitteratur, se bl.a. *Hasselbalch* (2009), s. 297 ff., om de arbejdsretlige ufravigelighedsprincipper.

Forhandlingen af en ansættelsesaftale er undergivet en indirekte retlig regulering ved de regler, der – undtagelsesvis, men på praktisk væsentlige områder – begrænser arbejdsgiverens frihed til at beslutte, hvem han ønsker at ansætte. Hvis loven forbyder et ansættelseskriterium, lægger det også rammer for aftaleforhandlingen, herunder for arbejdsgiverens adgang til at stille spørgsmål til ansøgere: Et spørgsmål, der berører et ulovligt ansættelseskriterium, signalerer, at arbejdsgiveren påtænker at overtræde de regler, der begrænser hans ansættelsesskøn. Hvor der ikke er særlig lovhjemmel, har den private arbejdsgiver (ganske som ansøgeren) et frit skøn i sine ansættelsesbeslutninger. Derimod begrænses *offentlige myndigheder* af de forvaltningsretlige principper om saglighed og lighed i forvaltningens praksis og skønsudøvelse.

Den væsentligste begrænsning i arbejdsgiverens ansættelseskompetence følger af lov om forbud mod *forskelsbehandling på arbejdsmarkedet* (jf. lovbekendtgørelse nr. 1349 af 16. december 2008 med senere ændringer). Ifølge lovens § 4 må en arbejdsgiver ikke i forbindelse med eller under ansættelsen af en lønmodtager anmode om, indhente eller modtage og gøre brug af oplysninger om dennes race, hudfarve, religion eller tro, politiske anskuelse, seksuelle orientering eller nationale, sociale eller etniske oprindelse. Personer, hvis rettigheder er krænkede ved overtrædelse af denne bestemmelse, kan tilkendes en godtgørelse, jf. lovens § 7. I sager herom gælder en *omvendt bevisbyrde*, jf. § 7a. Lovens § 5 forbyder også annoncering om, at der til ansættelse eller erhvervsuddannelse søges eller foretrækkes en person af en bestemt race, hudfarve, religion eller tro, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse eller med en bestemt alder eller med handicap. Det må heller ikke angives, at der ikke ønskes en person med de i 1. pkt. nævnte kendetegn. Overtrædelse af lovens bestemmelser er belagt med bødestraf, jf. § 8.

En anden væsentlig begrænsning følger af § 6 i *ligebehandlings-*

*Grundlaget for
aftaleindgåelsen*

*– diskriminations-
forbud*

– ligebehandling

loven (jf. lovbekendtgørelse nr. 645 af 8. juni 2011 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselorlov mv. med senere ændringer). Bestemmelsen forbyder ved annoncering at angive, at der til ansættelse eller erhvervsuddannelse mv. søges eller foretrakkes personer af et bestemt køn. Dette forbud er ikke iagttaget alene ved brugen af betegnelser som “m/k” o.lign., hvis det af sammenhængen i øvrigt fremgår, at man kun søger personer af et bestemt køn (medmindre det efter arbejdsforholdets karakter ligger klart, at ansættelsen kun kan udføres af en person af et bestemt køn). Ønsker man uden for disse tilfælde at særbehandle et bestemt køn, skal der søges dispensation i medfør af lovens § 13.

– brug af helbredsoplysninger

Reglerne i lov nr. 286 af 24. april 1996 om helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet, med senere ændringer, regulerer den del af forhandlingen om en ansættelsesaftale, der angår lønmodtagerens helbredsforhold. Ifølge lovens § 6 skal en lønmodtager inden ansættelsen af egen drift eller på spørgsmål derom fra arbejdsgiveren oplyse, om han er bekendt med at lide af en sygdom eller har symptomer på en sygdom, som vil have *væsentlig betydning* for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved arbejdet. Arbejdsgiveren må f.eks. godt *spørge* til rygproblemer for en renovationsarbejder og om nikkelallergi hos en kassedame. Spørgsmål om nikkelallergi er derimod irrelevant for medarbejdere, der alene udfører deres arbejde via skærm og tastatur.

Tilsvarende må arbejdsgiveren alene anmode om for at få *belyst* sådanne forhold, se lovens § 2, stk. 1. Ved en sådan forespørgsel skal arbejdsgiveren afgive en række oplysninger, som nærmere specificeret i lovens § 9, herunder om risici ved undersøgelsen og om eventuel videregivelse af de indhentede oplysninger. Er lønmodtageren *ikke selv* bekendt med de forhold, som arbejdsgiveren ønsker oplyst, må arbejdsgiveren kun anmode om dem, hvis forholdene ved det pågældende arbejde særligt taler for at indhente dem, jf. § 2, stk. 2. Arbejdsgiveren har ret til at *tilbyde*, at der indhentes helbredsoplysninger for at få afklaret, om lønmodtageren lider eller har lidt af en sygdom eller har eller har haft symptomer på en sygdom, når sygdommen vil have *væsentlig betydning* for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde mv. (§ 3).

4.2.c. Lønmodtageres konkurrence- og kundeklausuler

Værdien af en virksomhed beror i vid udstrækning på dens medarbejdere, der jo typisk udfører alle de funktioner, der gør virksomheden værdifuld, både i forbindelse med finansiering, produktion, afsætning og ikke mindst i relation til teknologisk udvikling. Jo mere kritiske disse funktioner er for virksomhedens overlevelse og vækst, desto mere værdifuld er den enkelte medarbejders tilknytning. Tilsvarende kritisk vil det være for virksomheden, at medarbejderen vælger at forlade den, navnlig når det sker til fordel for en konkurrent. Selv om en medarbejders værdi alt andet lige reflekteres i lønnen, der for så vidt burde udgøre et tilstrækkeligt motiv til at afholde ham fra at søge andre græsgange, forekommer stillingsskift hyppigt. I dag anses det som helt acceptabelt, at man skifter job mange gange i et arbejdsliv. En sådan mobilitet anses også at have samfundsmæssige fordele.

Problemstillingen

Ulempen ved at miste en god medarbejder til en konkurrent – med risiko for f.eks. tab af værdifuld viden og kunderelationer – motiverer mange virksomheder til at pålægge medarbejderne pligt til ikke at konkurrere efter ansættelsesforholdets ophør. Sådanne pligter aftales typisk på ansættelsestidspunktet, hvor medarbejderen måske pga. ledighed befinder sig i en sårbar position. Derfor har lovgiveren på et tidligt tidspunkt søgt at begrænse aftalefriheden på dette område. Reglerne herom findes nu i ansættelses-klausuloven (AKL), lov nr. 1565 af 15. december 2015.

Det første skridt i denne retning blev taget med AFTL af 1917, der i § 38 bestemte, at en pligt til af konkurrencehensyn ikke at “drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan”, ikke er bindende, “forsåvidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne imod konkurrence eller på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv.” Bestemmelsen er nu omarbejdet og videreført i AKL § 11. I 1999 fik FUL to bestemmelser, § 18 og § 18a (henholdsvis om konkurrence- og kundeklausuler), der fratog en række af disse klausuler gyldighed på funktionærområdet. Disse regler er nu ført videre i AKL. Herved regulerer AKL alle lønmodtagere, og altså ikke kun funktionærer.

AKL regulerer fire typer af ansættelsesklausuler: Jobklausuler (der i det væsentligste forbydes efter lovens ikrafttræden), kon-

Anvendelsesområde

kurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler (der kombinerer en konkurrenceklausul og en kundeklausul i samme tidsrum, se § 1, stk. 2, nr. 7). De forskellige typer af klausuler er nøje defineret i lovens § 1. For nærværende sammenhæng er det væsentligst at fokusere på *konkurrenceklausulen* (der fastslår, at lønmodtageren “af konkurrencehensyn efter fratrædelsen ikke må *drive forretning eller anden virksomhed* af en vis art eller tage ansættelse i en sådan”, se § 1, stk. 2, nr. 5) og *kundeklausulen* (der tilsvarende pålægger lønmodtageren ikke at “tage ansættelse hos eller direkte eller indirekte have erhvervsmæssig kontakt med sin tidligere arbejdsgivers *kunder og andre forretningsmæssige forbindelser*”). Loven indeholder en række komplicerede bestemmelser, som ikke skal gennemgås i detaljer her. Herom henvises til *Jens Paulsen: Ansættelsesklausuler* (2016) og samme forfatter i U 2016B, s. 175 ff. Se også *Henrik Karl Nielsens* oversigt over lovens tilblivelse i ET 2015, s. 201 ff.

*Konkurrence-
klausuler*

Ifølge AKL § 5, er en konkurrenceklausul alene gyldig, når lønmodtageren 1) indtager en helt *særlig betroet stilling* eller indgår en aftale med arbejdsgiveren om udnyttelsesretten til en af lønmodtageren gjort *opfindelse*, 2) *skriftligt får oplyst*, hvilke forhold i lønmodtagerens ansættelse der gør det *påkrævet* at indgå en aftale om en konkurrenceklausul, 3) har været i et ansættelsesforhold hos arbejdsgiveren i en uafbrudt periode på *mindst 6 måneder*, og 4) får *kompensation* for den periode, hvor konkurrenceklausulen gælder, jf. lovens § 8. Konkurrenceklausulen kan ikke forpligte lønmodtageren i mere end 12 måneder fra fratrædelsestidspunktet. For at den skal være gyldig, skal lønmodtageren skriftligt have udleveret oplysningerne om de nævnte forhold. Retten til kompensation bortfalder, hvis funktionæren bortvises med rette, jf. § 18, stk. 1, sidste punktum.

Kundeklausuler

Næsten tilsvarende gyldighedsbetingelser gælder om kundeklausuler, jf. nærmere lovens § 6. For sådanne klausuler (der som ovenfor anført ikke defineres i forhold til selve det at “drive forretning” mv., men netop i relation til virksomhedens relation til “kunder og andre forretningsmæssige forbindelser”) er det tilstrækkeligt, at aftalen angår *kunder*, som lønmodtageren har været i forretningsmæssig forbindelse med inden for de seneste 12 måneder før opsigelses- eller afskedigelsestidspunktet (§ 6, stk. 1, nr. 1).

Mest central for den praktiske indgåelse af både konkurrence- og kundeklausuler er det præceptivt sikrede krav om *kompensation*, som medarbejderen har i medfør af AKL § 8. Størrelsen af denne kompensation beror på, hvor mange måneder klausulen skal være gældende. For aftaler om konkurrence- eller kundeklausuler med en varighed på op til 6 måneder skal kompensationen udgøre mindst 40 pct. af lønnen pr. måned på fratrædelsestidspunktet, jf. § 8, stk. 1. For klausuler med en varighed på op til 12 måneder skal den udgøre mindst 60 pct. af lønnen pr. måned på fratrædelsestidspunktet, jf. § 8 stk. 2. Dermed indeholder loven et incitament for arbejdsgiveren til at begrænse den periode, hvor klausulen er gældende. Loven fastslår derudover, at der kan modregnes for indtægter ved andet passende arbejde fra og med den 3. og til og med den 6. måned efter fratrædelsen. Se herom § 8, stk. 2-4, der også indeholder regler om kompensationens udbetaling.

Kompensation

Ifølge AKL § 10, stk. 1, kan konkurrenceklausuler, kundeklausuler og kombinerede klausuler opsiges af arbejdsgiveren med en måneds varsel til udløbet af en måned. Efter en sådan opsigelse har lønmodtageren krav på det engangsbeløb, som er hjemlet ved § 8, stk. 3, og § 9, stk. 2 (svarende til de første 2 måneders løn), på betingelse af at fratrædelsen sker, senere end 3 måneder efter at lønmodtageren har tiltrådt ansættelsesforholdet, og inden 6 måneder efter at arbejdsgiveren har opsagt aftalen, og fratrædelsen skyldes forhold, der ville have gjort arbejdsgiveren berettiget til at gøre aftalen gældende.

Opsigelse

4.2.d. Lov om ansættelsesbeviser

Ved koncipering af ansættelsesaftaler er det væsentligste horisontale regelsæt lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet, i daglig tale kaldet *ansættelsesbevisloven* (se lovbekendtgørelse nr. 240 af 17. marts 2010 med senere ændringer) med tilhørende forskrifter. Loven gennemfører rådsdirektiv nr. 91/533/EØF af 14. oktober 1991 om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet (EFT 1991 L 288/32). Den pålægger arbejdsgiveren en underretningspligt, men kræver ikke, at ansættelsesaftalen skal foreligge i en bestemt form, f.eks. på papir. Kravet kan således også

opfyldes ved brug af elektroniske medier, herunder en e-mail (se hertil Beskæftigelsesministeriets cirkulære nr. 10065/2006 om elektroniske ansættelsesbeviser). Det bærende hensyn er, at arbejdsgiveren skal sikre, at der foreligger et bevis, der klargør ansættelsesforholdene.

Direktivet har rod i det “sociale charter” fra 1989 og tilsigter at skabe ligevægt mellem lønmodtagernes interesse i kendskab til deres ansættelsesforhold i et marked, hvor virksomhederne har behov for fleksibilitet. Et sikkert kendskab til reglerne for ansættelsesforholdet formodes at sikre lønmodtagere mod en tilsidesættelse af deres rettigheder. Beskæftigelsesministeriet har udsendt en Vejledning om ansættelsesbeviser (nr. 9845/2006), der præsenterer lovens væsentligste (dagældende) regler og knytter enkelte anbefalinger til den. Loven er kommenteret af *Ole Hasselbalch* (2010) og af *Peter Herskind & Hans-Henrik Queseth* (2009).

Underretningspligten opfyldes enten ved en gensidig aftale eller ved en ensidig meddelelse fra arbejdsgiveren, der utvetydigt angiver de ansættelsesvilkår, den ansatte vil være underlagt. Det følger af almindelige aftaleretlige regler, herunder navnlig grund-sætningen i AFTL § 6, stk. 2, at den ansattes passivitet over for en sådan ensidig meddelelse, vil signalere, at vilkåret anses for vedtaget. En sådan usikkerhed afskæres, hvis den ansatte *underskriver* meddelelsen. En dateret underskrift tjener også som bevis for, at ansættelsesbeviset har foreligget senest en måned efter, at ansættelsesforholdet er påbegyndt, jf. § 2, stk. 1.

Hovedreglen

Ifølge § 1 gælder ansættelsesbevisloven for alle lønmodtagere, hvis ansættelsesforhold har en varighed på mere end 1 måned, og hvis gennemsnitlige ugentlige arbejdstid overstiger 8 timer. I overensstemmelse med anden ansættelsesretlig lovgivning, jf. bemærkningerne herom i afsnit 4.1.a., omfatter loven kun personer i tjenesteforhold, se hertil § 1, stk. 2. Uden for loven står f.eks. direktører, bestyrelsesmedlemmer og folkevalgte. Ifølge § 1, stk. 3, kan loven dernæst fraviges på områder, der dækkes af kollektive overenskomster.

Hovedreglen i ansættelsesbevislovens § 2, stk. 1, pålægger arbejdsgiveren at give lønmodtageren oplysninger om “alle væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet, herunder mindst de oplysninger, der er opregnet i stk. 2, nr. 1-10”. Oplysningerne

skal meddeles senest 1 måned efter, at ansættelsesforholdet er påbegyndt. En “væsentlig oplysning”, der ikke fremgår af de specifikke oplysningskrav, kan f.eks. være, at en sælger skal have kørekort, eller at en person, der skal udstationeres, har orden i sin privatøkonomi. Ligeledes kan vilkår om immaterialrettigheder efter omstændighederne være “væsentlige”.

De specifikke oplysninger, der kan betragtes som en huskeliste over de vilkår, der bør indføres i en ansættelsesaftale, indbefatter følgende:

1. Arbejdsgiverens og lønmodtagerens navn og adresse.
2. Arbejdsstedets beliggenhed eller i mangel af et fast arbejdssted eller et sted, hvor arbejdet hovedsagelig udføres, oplysning om, at lønmodtageren er beskæftiget på forskellige steder, samt om hovedsæde eller arbejdsgiverens adresse.
3. Beskrivelse af arbejdet eller angivelse af lønmodtagerens titel, rang, stilling eller jobkategori.
4. Ansættelsesforholdets begyndelsestidspunkt.
5. Ansættelsesforholdets forventede varighed, hvor der ikke er tale om tidsbegrænset ansættelse.
6. Lønmodtagerens rettigheder med hensyn til betalt ferie, herunder om der udbetales løn under ferie.
7. Varigheden af lønmodtagerens og arbejdsgiverens opsigelsesvarsler eller reglerne herom.
8. Den gældende eller aftalte løn, som lønmodtageren har ret til ved ansættelsesforholdets påbegyndelse, og tillæg og andre løndelev, der ikke er indeholdt heri, f.eks. pensionsbidrag og eventuel kost og logi. Endvidere skal der oplyses om lønnens udbetalingsterminer.
9. Den normale daglige eller ugentlige arbejdstid.
10. Angivelse af, hvilke kollektive overenskomster eller aftaler, der regulerer arbejdsforholdet. Hvis der er tale om overenskomster eller

aftaler indgået af parter uden for virksomheden, skal det endvidere oplyses, hvem disse parter er.

Dokumentationsform

De pligtmæssige oplysninger kan enten gives i en skriftlig erklæring, i en arbejdsaftale eller i et ansættelsesbrev. jf. nærmere § 2, stk. 3, nr. 1-3. De kan også gives i et eller flere dokumenter, forudsat at mindst ét af disse indeholder visse nærmere specificerede, grundlæggende oplysninger, jf. § 2, stk. 3, nr. 4. Oplysninger om de i pkt. 1-5 og pkt. 10 nævnte forhold skal meddeles direkte, se f.eks. *U 2007.1938 SH*, der ikke anså oplysningskravet for opfyldt ved henvisning til en løbende vagtplan. De under pkt. 6-9 omhandlede vilkår kan derimod meddeles ved en henvisning til den relevante lov eller overenskomst eller til en personalehåndbog, som den ansatte har fået udleveret, jf. lovens § 2, stk. 4, og bemærkningerne hertil s. 227. En lovhenvisning må dog være specifik for at kunne opfylde kravet om oplysning om enkelte vilkår. Se herved *U 2007.1945 V*, der ikke fandt, at en generel henvisning til funktionærens regler indeholdt en tilstrækkeligt klar beskrivelse af aftalen om opsigelsesvarslet. Der gælder særlige regler for *udstationerede* medarbejdere, se lovens § 3.

En række organisationer har udarbejdet standardaftaler, der med sigte på de særlige forhold, der gør sig gældende i den enkelte branche, opfylder lovens krav.

Ændringer

Ifølge lovens § 4 skal arbejdsgiveren også give den ansatte besked om ændringer af ansættelsesvilkårene inden for samme frist. Derfor skal der udskrives et ansættelsesbevis, så snart der er sket ændringer i disse vilkår. Det gælder dog ikke, hvis ændringen skyldes ændringer i de love, administrative bestemmelser, vedtægtsmæssige bestemmelser eller kollektive overenskomster, som arbejdsgiveren efter § 2, stk. 4, kan henvise til.

Godtgørelse

Overholder arbejdsgiveren ikke sin oplysningspligt, kan den ansatte tilkendes en godtgørelse, jf. lovens § 6. Godtgørelsen, der for den enkelte medarbejder ikke kan overstige 13 ugers løn, fastsættes under hensyntagen til sagens omstændigheder, herunder om manglen har haft konkret betydning for lønmodtageren. Godtgørelsen kan, hvis der foreligger skærpene omstændigheder, forhøjes op til 20 ugers løn, jf. § 6, stk. 1. Godtgørelsen kan dog højst udgøre 1.000 kr., hvis manglen er undskyldelig og i øvrigt ikke har haft konkret betydning for ansættelsesforholdet.

Ved sin principielle udtalelse i *U 2011.805 H* har Højesteret lagt rammerne for udøvelsen af domstolens skøn over denne godtgørelse. Et ansættelsesbevis, der er behæftet med en eller flere mangler, "... som er undskyldelige og uden konkret betydning for lønmodtageren", er omfattet af bagatelgrænsen i lovens § 6, stk. 2, hvorved godtgørelsen fastsættes i intervallet fra 0 til 1.000 kr. Foreligger der i øvrigt mangler ved et ansættelsesbevis, eller er et sådant ikke udstedt, uden at forholdet har haft konkret betydning for lønmodtageren, bør en godtgørelse som udgangspunkt fastsættes til et beløb på op til 5.000 kr., afhængig af forholdets karakter. I mangel af særlige holdepunkter for at gå op eller ned bør godtgørelsen fastsættes til 2.500 kr. For at gå *ned* – og eventuelt efter omstændighederne helt undlade at tilkende en godtgørelse – taler, at arbejdsgiveren uden videre retter for sig efter, at forholdet er påtalt. Et moment, som taler for at gå *op*, kan omvendt være, at arbejdsgiveren undlader dette. Er der opstået tvist om ansættelsesforholdet eller konkret risiko herfor, som korrekt opfyldelse af oplysningspligten kunne have afværget, bør en godtgørelse som udgangspunkt fastsættes til et beløb på op til 10.000 kr., afhængig af forholdets karakter og betydning. I mangel af særlige holdepunkter for at gå op eller ned bør godtgørelsen fastsættes til 7.500 kr. Som momenter, der taler for at gå op, kan f.eks. nævnes, at ansættelsesbeviset indeholder vilkår, som er vildledende i forhold til lønmodtagerens retsstilling efter lov eller overenskomst, at pligtforsømmelsen konkret har medført risiko for tab af rettigheder, herunder for tab af ikke ubetydelige lønbeløb, at der ikke er tale om et enkeltstående tilfælde, eller at arbejdsgiveren ikke har rettet for sig, efter at forholdet er blevet påtalt. Omvendt taler det for at gå ned, at forholdet er af mindre betydning eller undskyldeligt, eller at der er tale om et enkeltstående tilfælde. Se også *U 2011.819 H*, *U 2011.831 H* og *U 2012.420 Ø*.

4.2.e. Almene konciperingsspørgsmål

Hovedparten af det danske arbejdsmarked reguleres af kollektive overenskomster indgået mellem organisationer og andre repræsentative organer, der har fået tildeleret kompetencen til denne aftaleindgåelse fra de berørte arbejdsgivere og arbejdstagere. Den underliggende delegation af aftalekompetence fra medlem til organisation følger af vedtægterne for de respektive organisationer. Ved at melde sig ind i organisationen anerkender medlemmet, at de *kollektive overenskomster*, der indgås af organisationen, har umiddelbar gyldighed for de berørte arbejdsgivere og arbejdstagere, der falder inden for dem, se hertil *Hasselbalch* (2009), s. 2005 ff., og *Jens Kristiansen: Den kollektive arbejdsret*, 3. udg.

*Overenskomst-
systemet*

(2014), del 3. På arbejdsgiverside kan overenskomster dog også indgås med en enkelt virksomhed.

Ofte forpligter den kollektive overenskomst ikke alene medlemmerne af de organisationer, der har forhandlet overenskomsten, men også *uorganiserede*, se herved *U 2005.3332 H*, hvor en (i sammenhængen) uorganiseret arbejdsgiver havde forpligtet sig over for SID til at følge Industriens Overenskomst. Dermed kunne en (i sammenhængen) uorganiseret ansat rejse krav ved de almindelige domstole på grundlag af Industriens Overenskomst. I mangel af et sådant tilsagn kan den sædvane, der foreligger på området, anvendes som udfyldende retsgrundlag, se *U 2005.1414 Ø*, der fortolkede en ufuldstændig ansættelsesaftale i overensstemmelse med aflønningen i den overenskomst, der gjaldt på området, og *U 1985.426 V*, der gav en uorganiseret blikkenslager krav på 21 dages opsigelsesvarsel. Varslet blev sat skønmæssigt under særligt hensyn til, hvad der er almindeligt inden for det pågældende fag, herunder i medfør af kollektive overenskomster.

*Aftale og
overenskomst*

De kollektive overenskomster og den hertil hørende baggrundsregulering letter arbejdet med at koncipere ansættelsesaftaler. Ofte klarer man sig med et *ansættelsesbrev*, der præciserer de elementer, der nødvendigvis må aftales individuelt (f.eks. tiltrædelsestidspunkt, arbejdstid samt arbejdsforpligtelsen), eller som af hensyn til præceptiv lovgivning skal angives forudgående, f.eks. vilkår om prøvetidsansættelse, jf. FUL § 2, stk. 5. Ansættelsesbrevet udfærdiges almindeligvis af arbejdsgiveren og udleveres til den ansatte. Er den ansatte ikke medlem af den organisation, der har indgået overenskomsten, vil overenskomsten normalt bestemme, at den ansatte alligevel skal behandles på samme måde om organiserede. Er arbejdsgiveren ikke medlem af den organisation, der har forhandlet overenskomsten, kan han forpligtes på samme måde, som hvis han var, ved en såkaldt *tiltrædelsesoverenskomst*, se hertil *U 2005.3332 H* og *Michael Møller Nielsen* i *U 2005B*, s. 394 ff.

*Konciperings-
opgaven*

Hverken de horisontale og vertikale ansættelseslove eller de kollektive overenskomster fjerner behovet for at aftaleregulere ansættelsesforholdet. Som nævnt i afsnit 4.2.d. pålægger ansættelsesbevisloven for det første arbejdsgiveren at præcisere en ansættelsesaftale på en række punkter, der ikke nødvendigvis falder sammen med overenskomstens regulering. For det andet vil både

love og overenskomster efterlade reguleringsmæssige tomrum, som kræver stillingtagen. Også pædagogiske hensyn kan tale for at fremhæve eller præcisere baggrundsretten i ansættelsesaftalen, f.eks. for at sikre medarbejderens kendskab til reglerne eller for at betone virksomhedens ønske om efterlevelse.

Fordi vilkårene for ansættelsesaftalen derfor ofte vil udspringe af en flerhed af retskilder, er det praktisk at henvise til disse andre retskilder i ansættelsesaftalen. En sådan klausul kan f.eks. henvise til den gældende lovgivning, fagets overenskomst eller arbejdsgiverens personalehåndbog. § 2, stk. 4, i ansættelsesbevisloven fastslår udtrykkeligt, at pligten til at oplyse lønmodtageren om de væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet anses for at være opfyldt, hvis der i ansættelsesbeviset henvises til love, administrative bestemmelser, vedtægtsmæssige bestemmelser eller kollektiv overenskomst, der gælder for de pågældende forhold. Det gælder dog ikke de oplysninger, der er nævnt i stk. 2, nr. 1-5 samt 10, se hertil s. 223. Som anført af *Ole Hasselbalch: Henvisningsklausuler i arbejdsretten* (trykt i Eklund m.fl. (red.): *Skrifter til Anders Victorins minne* (2009), s. 222 ff.) skaber sådanne henvisninger ofte usikkerhed, der da må afklares gennem fortolkning.

Henvisningsklausuler

Selv om et ansættelsesforhold ikke er omfattet af en vertikal ansættelseslov, kan parterne have en interesse i, at reglerne i loven alligevel skal gælde. Denne retsvirkning opnås ved at aftale, at loven *inkorporeres* i parternes aftale, f.eks. således at det fremgår, at “i øvrigt gælder de regler, der til enhver tid fremgår af funktionærloven, for ansættelsesforholdet.” En sådan inkorporering giver parterne sikkerhed for retsstillingen, idet den forståelse, der i kraft af praksis og litteratur har udviklet sig om den inkorporerede lov, nu finder direkte anvendelse. Inkorporeringen fritager dog ikke parterne for at opfylde oplysningspligterne i ansættelsesbevisloven, jf. *U 2007.1945 V*.

Lovvalg

Henvisninger til FUL forekommer hyppigt i ansættelsesforhold, der ikke angår funktionærer. I mangel af anden aftale vil en sådan inkorporering omfatte loven i dens til enhver tid værende skikkelse. Der er intet til hinder for at aftale, at dele af loven (f.eks. regler om godtgørelse ved opsigelse) ikke skal gælde. En konkret fortolkning kan også føre til, at kun *dele* af den inkorporerede lov finder anvendelse. Den situation forelå f.eks. i *U 1990.529 H*, hvor en henvisning til funktionærloven ikke omfat-

tede lovens § 9, stk. 2, om forskud på provision, som ansås for fraveget ved et specifikt vilkår herom. Som anført af *Hasselbalch* (2009), s. 609 f., kræver det særlige holdepunkter at anse hele loven for inkorporeret i sin helhed, blot fordi der henvises til enkelte bestemmelser heri. Har parterne inkorporeret FUL, kræver det yderligere holdepunkter at nå til, at også lovens præceptivitet skal gælde med den virkning, at parterne skulle være afskåret fra senere at indgå aftale i strid med de præceptive regler. Enhver aftale kan erstattes af en senere aftale. Dette enkle princip kan ikke sættes ud af kraft ved henvisninger til en præceptiv lov.

4.2.f. Arbejdspræstationen

Arbejdsbeskrivelsen

En arbejdspræstation kan være mere eller mindre veldefineret. Er ansættelsen sammenfaldende med en *profession* (f.eks. ansættelse som advokatfuldmægtig) eller et *fag* (f.eks. ansættelse som murer), behøver man som regel ingen detaljeret beskrivelse af enkelte arbejdsfunktioner. Anderledes hvis den ansatte skal dække et behov, der ikke knytter sig til et fag, f.eks. en teknisk funktion i et innovativt forskningsmiljø.

Hvis en stillingsbeskrivelse indføres i selve aftalen, signalerer parterne, at ændringer heri enten kræver begge parter samtykke eller må varsles med det opsigelsesvarsel, der gælder for ansættelsesforholdet. Om ændringer skal *varsles* efter gældende opsigelsesregler, beror på, om de er *væsentlige*.

Uanset sin fremtrædelse bør en stillingsbeskrivelse i hvert fald tage stilling til følgende:

Arbejdstiden

For det første bør den afklare omfanget af det *arbejde*, der skal præsteres. Arbejdstiden kan være fikseret (37 timer ugentligt, fra kl. 9.00-17.00 inkl. frokostpause), overladt til arbejdsgiveren (mellem 20 og 40 timer ugentlig, efter nærmere aftale) eller overladt til medarbejderen (såkaldt *flextid*). Dens længde hænger normalt sammen med lønnens størrelse, men ikke altid. Undertiden knyttes arbejdstiden til bestemte handlinger, hvor den ansattes tilstedeværelse er afgørende (f.eks. et kundearrangement). I sådanne tilfælde kan der være behov for at foregribe følgerne af forsinkelse ved at kræve, at den ansatte skal være til stede senest et bestemt tidspunkt, inden aktiviteten påbegyndes. Aftaler med skuespillere og teatertechnkere stiller således gerne krav om, at skuespilleren mv. er til stede, senest 45 minutter før forestillingen starter.

Tæt forbundet med reguleringen af ansættelsestiden er den ansattes *frihed*. Har han ret til særlige fridage omkring jul og påske? Skal han selv “betale” frokost og andre *pauser*? Behovet for sådanne regler er større, når ansættelsesaftalen forudsætter en fikseret arbejdstid, end ved flextidsansættelse.

Fridage

Den ansattes ret til ferie kan for de fleste formål reguleres med henvisning til ferieloven. Sådanne henvisninger er ikke blot almindelige, hvor der består et tjenesteforhold mellem parterne. De anvendes også ofte i direktøraftaler. Undertiden – navnlig for ældre, betroede medarbejdere – aftales det, at medarbejderen efter en bestemt tids ansættelse får ret til yderligere ferie.

Ferie

Ansatte, der i det daglige arbejde er underordnet virksomhedens daglige ledelse, har som hovedregel ret til *bibeskæftigelse*, så længe bibeskæftigelsen ikke står i vejen for udførelsen af arbejdet. I visse stillinger, hvor medarbejderen i højere grad forventes at levere et *arbejdsresultat* end at stille sin person til rådighed i *arbejdstiden*, kan arbejdsgiveren dog have interesse i at afskære bibeskæftigelse. Et vilkår herom kan da fastslå, at medarbejderen skal “stille hele sin arbejdskraft til rådighed for arbejdsgiveren, medmindre arbejdsgiveren skriftligt giver tilladelse til bibeskæftigelsen i det enkelte tilfælde”.

Bibeskæftigelse

4.2.g. Vederlaget

Pengeydelsen i et ansættelsesforhold betegnes som *løn*. Lønnen er et af de væsentligste temaer både i kollektive overenskomster og i individuelle ansættelsesaftaler. Er arbejdsgiveren ikke forpligtet af en overenskomst, vil han ofte have et almindeligt lønregulativ, som i særlige tilfælde kan få overenskomstkarakter, se hertil *Hasselbalch* (2009), s. 2012 ff.

I alle tilfælde bør lønvilkår afklare, efter hvilke *principper* lønnen skal beregnes, og under hvilke *forudsætninger*.

Inden for en række brancher (f.eks. for chefer i den offentlige forvaltning og for ansatte i den finansielle sektor) har overenskomstparterne aftalt såkaldte funktionsbestemte lønsystemer, hvor lønnen sammensættes under hensyntagen til de særlige *arbejdsfunktioner*, medarbejderen udfører. I stedet for at beregne lønnen på grundlag af medarbejderens uddannelse, anciennitet og senere forfremmelser tager man udgangspunkt i en *basisdel* og et antal særlige *funktionstillæg*, der aflønner medarbejderen i

Funktionsbestemte lønsystemer

forhold til de nævnte arbejdsfunktioner. Hertil kommer som en tredje del nogle *personlige tillæg*, der tager udgangspunkt i medarbejderens specifikke indsats.

Løn-
forudsætninger

En lønform hviler typisk på nogle lønforudsætninger. Funktionærens timeløn forudsætter typisk, at han arbejder i bestemte *tidsrum*, mens direktørens årsløn i højere grad forudsætter, at han leverer et *arbejdsresultat* (nemlig at lede virksomheden). Den pligt består, uanset hvor mange eller få timer der bruges. Der består en naturlig forbindelse mellem vederlagets størrelse og kravene til arbejdsindsatsen. Jo højere løn og jo flere ydelser lønmodtageren oppebærer i tillæg til lønnen, desto mere forventes han at arbejde. Betaling for *overarbejde* er i sagens natur kun relevant, hvis arbejdet forventes at have en bestemt varighed.

Løntillæg

Foruden den egentlige lønbetaling kan medarbejderen oppebære andre fordele. Navnlig i innovative virksomheder vil nogle medarbejdere hyppigt blive vederlagt med kapitalandele, se herom i afsnit 2.5.f. Men medarbejderen kan også modtage andre tillæg til lønnen, f.eks. kompensation for forskellige former for ulempe (overarbejde, fravær fra hjemmet mv.). Hertil kommer den særskilte betaling, der kan tænkes aftalt som vederlæggelse for særlige frembringelser (ophavsrettigheder, patenter etc.), og for varetagelse af opgaver, der falder uden for den oprindelige ansættelse. Aftaler, der indebærer en samlet vederlæggelse bestående af sådanne forskellige lønkomponenter og frynsegoder mv., betegnes almindeligvis som fleksløn eller *lønpakker*. Lønpakker kan eventuelt finansieres enten ved en reduktion i bruttolønnen eller ved træk i nettolønnen. Pakken er i så fald udgiftsneutral for arbejdsgiveren, mens lønmodtageren opnår fordele enten på grund af skattebesparelser (jf. reglerne i ligningslovens § 16) eller ved at kunne udnytte de rabatter mv., arbejdsgiveren har tilforhandlet sig for de ydelser, der indgår i lønpakken.

Pensionsbidrag

Danmark har en lang tradition for, at medarbejdere som led i deres ansættelse sparer op til deres pension og dermed sikrer en finansiering af tilværelsen, også for deres nærmeste, når de ikke længere er på arbejdsmarkedet (hvad enten årsagen hertil er alder eller invaliditet). Den offentlige tjenestemandspension er det første eksempel herpå, og i efterkrigsårene er talrige andre arbejdsmarkedsrelaterede pensionsordninger kommet til. Talrige

virksomheder har via private pensionsinstitutter etableret firma-pensionsordninger for deres ansatte. Og på talrige overenskomstområder er der etableret *tværgående*, overenskomstbaserede pensionsordninger for fagligt eller erhvervsmæssigt afgrænsede lønmodtagergrupper.

Derfor er det i dag hovedreglen, at medarbejdere er dækket af pensionsordninger. Ordningerne forudsætter, at arbejdsgiveren løbende betaler en del af den ansattes løn til det udpegede pensionsinstitut. Dette institut kan være en tværgående pensionskasse (f.eks. Juristernes og Økonomernes Pensionskasse), et arbejdsmarkedsrelateret pensionsinstitut (f.eks. SAMPENSION) eller et kommercielt pensionsinstitut, f.eks. Danica eller Nordea Liv og Pension. Pligten til at foretage sådanne indbetalinger vil enten fremgå af en ansættelsesaftale eller af en kollektiv overenskomst. De komplicerede retlige relationer, der opstår i den forbindelse, omtales hos *Mads Bryde Andersen & Jens Kristiansen: Arbejdsmarkedspension* (2009). Se også *Mads Bryde Andersen* (under medvirken af Jesper Mark): *Dansk Pensionsret* (2013), navnlig kapitel 6-7.

Principielt adskilt fra lønnen er det forhold, at arbejdsgiverens afholder medarbejderens omkostninger ved arbejdets udførelse. En omkostningsdækning kan enten fikseres som såkaldte *diæter* eller opgøres efter de faktisk afholdte udlæg. Ifølge FUL § 9, stk. 2, kan arbejdsgiveren kun kræve forskud på provision dækket af funktionærens løntilgodehavende eller indtjente provision. Beløbet kan altså ikke afkræves funktionæren som almindelig gældsfordring.

Det aftales ofte, at medarbejderen ud over den egentlige løn oppebærer forskellige tillægsydelser af materiel art, såkaldte *fringe benefits*. Sådanne ydelser udgør en mellemting mellem udgiftsdækning og løntillæg. Skattemæssige overvejelser spiller en stor rolle for valget af denne aflønningsform, som typisk vælges i ansættelsesforhold, hvor der forventes en særlig loyalitet. Som nærmere udviklet hos *Boe m.fl.* (2016), s. 169 ff., frembyder direktørkontrakter f.eks. en righoldig variation af forskellige mere eller mindre præstationsafhængige og skatteneutrale betalingsformer, f.eks. betalt frokost, firmabil, telefon og internet, efteruddannelse, livsforsikring, medlemskab af foreninger, adgang til sports-, ferie- og motionsfaciliteter, helbreds kontrol, helbreds-

Omkostninger

Frynsegoder

forsikring, aktieoptioner, bolig, kreditkort, tantieme, kontingenter, aviser, rejser og repræsentation.

Skat Som nævnt i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.2.e., kan der ofte være tvivl om, hvorvidt et frynsegode indebærer en nødvendig udgift i forbindelse med arbejdets udførelse eller en indkomst, der skal beskattes efter de almindelige regler for løn mv. Forholdet er reguleret ved de særdeles detaljerede regler i ligningslovens § 16.

Periodisering Når tillægsydelse ikke præsteres i en løbende strøm, parallelt med lønnen, men som formuegoder, der kan forbruges efter lønmodtagerens eget valg, opstår *periodiseringsproblemer*, hvis den ansatte fratræder i en periode, hvor et sådant formuegode er stillet til hans rådighed. En repræsentant, der har ret til at køre op til 10.000 km privat kørsel i firmabilen, bør ikke kunne lægge hele denne kørsel i begyndelsen af året, når han fratræder i april. Lovgivningen tager kun i begrænset omfang højde for sådanne problemer, der ikke er særlige for ansættelsesforhold. Se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.3.d.

4.2.h. Varighed, opsigelse og ophævelse

Lov om tidsbegrænset ansættelse

En ansættelsesaftale kan enten indgås uden tidsbegrænsning, dvs. på opsigelsesvilkår, eller med en på forhånd fastsat tidsbegrænsning, der f.eks. knyttes til udførelsen af en bestemt opgave eller fikseres til et bestemt tidspunkt. For tidsbegrænsede ansættelser gælder reglerne i lov om tidsbegrænset ansættelse, jf. lovbekendtgørelse nr. 907 af 11. september 2008 med senere ændringer. Loven indfører EU-direktivet om tidsbegrænset ansættelse, 1999/70/EF af 28. juni 1999. Ifølge lovens § 4 må ansættelsesvilkårene for en tidsbegrænset ansat ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for en sammenlignelig fastansat, hvis forskelsbehandlingen udelukkende er begrundet i ansættelsesforholdets tidsbegrænsede varighed og ikke i objektive forhold. Fornyelse af flere på hinanden følgende tidsbegrænsede ansættelsesforhold kan kun ske, hvis fornyelsen er begrundet i objektive forhold, jf. hovedreglen i § 5, stk. 1, der modificeres af en række undtagelser i stk. 2 og bestemmelserne om åremålsansættelse i tjenstemandsloven. Loven pålægger dernæst arbejdsgiveren forskellige oplysningspligter (§ 6). Overtrædelse af lovens bestemmelser sanktioneres med pligt til at betale godtgørelse (§ 8).

Den part, der gør gældende, at en ansættelse er tids- eller opgavebegrænset, har som udgangspunkt bevisbyrden herfor, se hertil *Ole Hasselbalch: Tidsbegrænset ansættelse*, 2. udg. (2008), s. 48 ff., med udførlig henvisning til praksis. Formodningsreglen skyldes, at ansættelsesaftaler som regel indgås uden tidsbegrænsning, men med en ret for begge parter til at bringe ansættelsen til ophør gennem opsigelse. Tidsbegrænsninger forekommer ofte, når arbejdet kun er af midlertidig varighed, f.eks. når den ansatte indtræder i et vikariat el.lign. Friheden til at indgå aftale om opsigelsesvarslets længde er begrænset inden for de regulerede ansættelsesformer. Uden for det præceptive område er der fuld aftalefrihed inden for rammerne af AFTL § 36.

Det praktisk væsentligste eksempel på en præceptiv lovregulering af den tidsbegrænsede ansættelse er FUL § 2, hvis stk. 5 giver mulighed for funktionæransættelse “på prøve”: Vedvarer arbejdsforholdet ikke ud over tre måneder, kan arbejdsgiveren opsiges funktionæren med 14 dages varsel. Da ethvert ansættelsesforhold indgås under en vis risiko for, at de sociale eller personlige relationer ikke fungerer, er det almindeligt at vedtage en sådan prøveperiode. Dette bør da også fremgå af ansættelsesbrevet.

Ved fastlæggelsen af opsigelsesvarslets længde spiller navnlig *forventningshensynet* ind. Arbejdsgiveren forventer, at medarbejderen er produktiv indtil videre og mindst i en periode, der svarer til *medarbejderens* opsigelsesvarsel. Inden for *arbejdsgiverens* opsigelsesvarsel forventer medarbejderen omvendt at modtage sin løn. Da hensynet til lønmodtagerens lønforventning antages at være større end hensynet til arbejdsgiverens arbejdsforventning, er lønmodtagerens opsigelsesvarsel normalt længere end arbejdsgiverens. For arbejdsgiveren gør sig også et beskyttelseshensyn gældende. Mange arbejdsgivere betragter en opsagt medarbejder som en sikkerhedsrisiko, fordi opsigelsen naturligt vil demontere loyalitetsfølelsen. Arbejdsgiveren kan derfor – med rette eller urette – frygte, at den opsagte medarbejder vil tilegne sig erhvervshemmeligheder, forberede konkurrerende virksomhed eller i øvrigt handle til skade for virksomheden. Derfor fritstilles den opsagte medarbejder ofte, hvorved medarbejderen oppebærer sin løn uden at skulle arbejde.

I funktionærforhold betragtes funktionærens fravær på grund af sygdom som lovligt forfald, medmindre funktionæren har på-

Opsigelsesvarsel

Sygdom

draget sig sygdommen ved *forsæt* eller *grov uagtsomhed*, eller han ved stillingens overtagelse *svigagtigt* har fortiet, at han led af sygdommen. Tilsvarende regler vedtages i de fleste funktionærlignende forhold, der forudsætter en varig relation. I overensstemmelse med FUL § 5, stk. 2, aftales det hyppigt, at funktionæren kan opsiges med forkortet opsigelsesvarsel, hvis han har været uarbejdsdygtig i 120 dage inden for et tidsrum af 12 måneder. Samme bestemmelses stk. 2 gør det muligt at indgå *skriftlig* aftale om, at funktionæren kan opsiges med 1 måneds varsel til fratræden ved en måneds udgang, når funktionæren inden for 12 på hinanden følgende måneder har oppebåret løn under *sygdom* i ialt 120 dage. Opsigelsens gyldighed er betinget af, at den sker i umiddelbar tilknytning til udløbet af de 120 sygedage, og mens funktionæren endnu er syg, hvorimod gyldigheden ikke berøres af, at funktionæren er vendt tilbage til arbejdet, efter at opsigelse er sket. En aftale herom bør udtrykkeligt henvise til § 5, stk. 2. I ikke-funktionærforhold anses sygdom også at udgøre lovligt forfald, der blot ikke giver ret til fuld løn (i stedet udbetales sygedagpenge).

Ifølge § 30 i sygedagpengeloven (jf. lovbekendtgørelse nr. 48 af 13. januar 2016) har en lønmodtager, som ikke får udbetalt fuld løn under sygdom, ret til *sygedagpenge* fra arbejdsgiveren, hvis lønmodtageren har været ansat i de sidste 8 uger før sygefraværet og i denne periode har været beskæftiget hos arbejdsgiveren i mindst 74 timer. Loven regulerer ligeledes forholdet mellem arbejdstageren og det offentlige, herunder om refusion for afholdte sygedagpenge, se nærmere lovens kapitel 11.

Ophævelse

Som i andre aftaleforhold er parterne i en ansættelsesaftale forpligtet til at optræde loyalt. Væsentlig misligholdelse af denne pligt kan danne grundlag for ophævelse af ansættelsesforholdet (kaldet *bortvisning*). Ved en såkaldt *positivklausul* kan arbejdsgiveren udnævne bestemte forhold som hævebegrundende, f.eks. “groft brud på god orden”, “beruselse eller grov forsømmelse” eller “tilsidesættelse af sikkerhedsforskrifter”. Ud over at kvalificere disse forhold som (hævebegrundende) bortvisningsgrunde kan klausulen indebære, at en opsigelse, der begrundes i en tilsidesættelse af en sådan pligt, ikke anses for “usaglig” med heraf følgende pligt til at betale godtgørelse i medfør af FUL § 2b.

Fratrædelses- aftaler

Er parterne enige om medarbejderens fratræden, kan det være

hensigtsmæssigt at nedfælde vilkårene herfor i en særlig fratrædelsesaftale. Den bør først og fremmest angive tidspunktet for medarbejderens *fratræden* – retligt (herunder i henseende til vederlag og loyalitetspligt) og faktisk (dvs. medarbejderens faktiske tilstedeværelse). Herudover bør den tage stilling til, hvorledes medarbejderens *restferie* afholdes eller afvikles. Et særligt problem angår afviklingen af de *særlige fordele*, medarbejderen har haft, herunder om brug (og tilbagegivelse) af bil, frynsegoder, bonusordninger mv. Ligeledes bør der tages stilling til, hvorledes parterne er stillet, hvis medarbejderen opnår *anden beskæftigelse* i den resterende del af opsigelsesperioden. Er medarbejderen fritstillet i opsigelsesperioden, kan det være hensigtsmæssigt at pålægge ham eller hende at besvare forespørgsler vedrørende medarbejderens tidligere arbejdsopgaver. De retlige rammer for aftaler om afskedigelse i offentlig forvaltning og privat virksomhed er behandlet af *Henrik Karl Nielsen: Fratrædelsesaftaler (2015)*. Et paradigma til en fratrædelsesaftale findes hos *Karen-Margrethe Schebye (2002)*, s. 127 ff.

4.2.i. Andre særlige reguleringsområder

For en række stillingsfunktioner er det afgørende, at medarbejderen nøje overholder sikkerhedsforskrifter. Omgang med giftige eller eksplosive substanser, fødevarer eller lægemidler kan påføre tredjemand skade og arbejdsgiveren erstatningsansvar. Det samme gælder brug af virusinficeret eller piratkopieret software. For at motivere medarbejderen til at overholde sikkerhedskrav kan det være nødvendigt ved en positivklausul at indskærpe, at tilsidesættelse af sådanne sikkerhedsforskrifter betragtes som væsentlig misligholdelse (dvs. som bortvisningsgrund). Også uden særlig aftale kan det tænkes, at en tilsidesættelse af sikkerhedsforskrifter kan være en bortvisningsgrund, jf. f.eks. *U 2003.1609 V*, hvor en systemadministrator med rette var blevet bortvist for at indtastet kodeordet til arbejdsgiverens it-system i sin hustrus hjemme-pc med henblik på dennes private brug af arbejdsgiverens internetopkobling. I samme forbindelse bør aftalen præcisere den ansattes ret til at benytte virksomhedens e-mail til private formål. I *U 2003.1430 Ø* ansås en omfattende e-mail-korrespondance, herunder med sex-relateret indhold, ikke som bortvisningsgrund. Retten begrunder bl.a. resultatet med, at arbejdsgi-

Sikkerhedsforskrifter mv.

veren ikke havde formuleret en politik herom. Se tilsvarende *U 2015.225 V*, der ikke fandt en bortvisning af en ansat berettiget under henvisning til dennes private brug af internettet i arbejdstiden, selv om denne brug overskred de tidsmæssige grænser, der var fastsat for ansættelsesforholdet.

*Afskedigelses-
proceduren*

Ofte vil arbejdsgiveren være begrænset i sin frie ret til at opsigse medarbejdere. I funktionærforhold (se herved funktionærlovens § 2b) vil en usaglig opsigelse indebære pligt til at betale godtgørelse til den opsagte. Tilsvarende regler vil ofte følge af kollektive overenskomster, se hertil *Hasselbalch* (2009), s. 980 ff. Arbejdsgiveren er også begrænset i sin frie opsigelsesret ved de ligebehandlingsregler, der f.eks. følger af ligebehandlingsloven, se her ved omtalen ovenfor s. 217 f.

Påtale

For at undgå mistanke om, at opsigelsen af en medarbejder er usaglig, bør arbejdsgiveren sikre sig et sikkert bevis for opsigelsens saglighed. Foruden det middel hertil, der ligger i et klart *aftalegrundlag* (herunder med relevante positivklausuler), kan ansættelsesforholdet foreskrive en procedure med *formelle* regler. Dernæst bør den arbejdsgiver, der agter at bringe en ansættelsesaftale til ophør ved ophævelse (bortvisning) som følge af den ansattes gentagne (og dermed væsentlige) misligholdelse, klart markere, at dette vil blive konsekvensen.

Udformning

En sådan *påtale* må præcisere det kritiserede forhold, såvel i henseende til “retsfaktum” som “retsfølge”.

Påtalens *retsfaktum* bør *beskrive* den uacceptable adfærd, både negativt (“sådan må du ikke gøre”) og positivt (“sådan skulle du have gjort”). Ligeledes bør arbejdsgiveren *begrunde*, hvorfor den påtalte adfærd er uacceptable. Er der tale om en *tilstand*, bør arbejdsgiveren fastsætte en frist for, hvornår denne tilstand skal være ændret.

Påtalens *retsfølge* bør klargøre, hvilke konsekvenser det får, hvis medarbejderen ikke efterkommer påtalen. Afgives påtalen skriftligt, bør medarbejderen have mulighed for at kommentere den. Mindst én påtale bør foreligge skriftligt (eventuelt som referat af et møde, hvor påtalen er meddelt).

4.2.j. Udstationering

Kendetegn

Ved gennemførelsen af større internationale projekter vil virksomheden ofte have behov for at placere medarbejdere udenlands

i længere perioder. Til udførelsen af visse opgaver kan virksomheden ansætte lokal arbejdskraft, men ledelsesmæssige og teknologiske spørgsmål må som regel håndteres af medarbejdere fra hovedkontoret. Disse medarbejdere må derfor udstationeres til værtslandet i en periode. En sådan udstationering vil normalt ske ved aftale mellem arbejdsgiveren og medarbejderen, eventuelt som led i dennes almindelige ansættelsesvilkår. Men den kan også ske ved, at kunden indgår separat aftale med medarbejderen. Og er arbejdsgiveren den samme, er de grundlæggende elementer i ansættelsesaftalen nogenlunde ens.

Dommen i *U 1984.48 H* illustrerer de vanskeligheder, der kan opstå ved en uklar aftaleregulering herom. Medarbejderen var ansat i en nyoprettet stilling for at åbne en saudiarabisk afdeling af Illums Bolighus. Det viste sig imidlertid uklart, om ansættelsen var sket i Illums Bolighus, eller om bolighuset blot hæftede for de krav, medarbejderen måtte få mod det selvstændige saudiarabiske selskab (resultatet blev det sidstnævnte). Dertil kom uklarhed om indholdet af medarbejderens ansættelsesretlige pligter og rettigheder på stedet.

Ved lov om udstationering af lønmodtagere (jf. lovbekendtgørelse nr. 342 af 3. april 2014) er et EU-direktiv fra 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (96/71/EF) indført i dansk ret. Reguleringen har til formål at sikre fair konkurrence, og at arbejdstagernes rettigheder respekteres ved udstationering af medarbejdere i en anden medlemsstat. Loven har primært betydning for fremmede EU-medarbejdere, der er udstationeret i Danmark, men tilsvarende regler må i kraft af direktivet forventes at gælde i andre EU- og EØS-lande.

*Udstationerings-
loven*

Loven fastslår, at arbejdstagere, der er udstationeret af en virksomhed, dækkes af en række horisontale ansættelseslove, som nærmere anført i lovens § 5 (herunder arbejdsmiljøloven, ligebehandlingsloven, ligelønsloven og forskelsbehandlingsloven). Med hensyn til ferie gælder det lands regler, der er mest gunstige for arbejdstageren, jf. nærmere lovens § 6. En lønmodtager, som er eller har været udstationeret til Danmark, kan anlægge sag her i landet på grundlag af de nævnte love.

Ansættelsesbevislovens § 3 pålægger arbejdsgiveren en særlig oplysningspligt over for udstationerede medarbejdere. Ud over

Oplysningspligt

den almindelige oplysningspligt skal *varigheden* af det arbejde, der udføres i udlandet, angives, samt den *valuta* lønnen udbetales i, tillige med de *fordele* (i kontanter og naturalier), der er forbundet med opholdet i udlandet. Herudover skal vilkårene for lønmodtagerens *tilbagevenden* til hjemlandet præciseres, og om der er taget skridt til at få udstedt de nødvendige attester i forbindelse med udstationeringen.

Det vil normalt være en betingelse for at kunne udstationere en medarbejder i et fremmed land, at medarbejderen opnår arbejdstilladelse, og at han og familien opnår visa. For at bringe klarhed om retsforholdet bør aftalen skitsere de væsentligste elementer i den lokale arbejdsretlige lovgivning, herunder sædvanlige arbejdstidspunkter samt lokale helligdage mv. I så henseende gælder samme principper som dem, der gælder for aftaler i national ret, hvis opfyldelse beror på en offentligretlig lovregulering, se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.3.g. Værdien af sådanne oplysninger kan række videre end blot at indebære en bekvem orientering. Visse islamiske retssystemer hjemler hårdhændede straffe for medarbejderes opsætsighed. Her kan selve det at formulere et retskrav udløse sanktioner i form af frihedsberøvelse mv.

Aftalepraksis

Dansk Handel og Service (nu Dansk Erhverv) udgav i februar 2003 en vejledning om udstationering med titlen *Arbejde uden grænser – et værktøj til udstationering*. Til vejledningen hører (kapitel 3) et forslag til udstationeringskontrakt med vejledning. *ORGALIME* har udsendt et sæt “Conditions for the provision of technical personnel abroad” (1995). Reglerne kan både anvendes ved enkeltstående udstationeringer, og når udstationeringen sker som led i en på forhånd indgået aftale. Reglerne angår kundens pligter, herunder om indkvartering af og arbejdsfaciliteter for den udstationerede, tilvejebringelse af nødvendigt arbejdsudstyr, bistand ved tolkning og oversættelse, bistand ved forståelse og overholdelse af lokale regler, ulykkesforsikring og -sikring, regres for uforudsete skatter og offentligretlige afgifter, lægebehandling og hjemsendelse. Se nærmere om disse spørgsmål, *Bjørn Saltorp* m.fl.: *Projektekspert* (1982), s. 15 ff.

Særlige regulerings spørgsmål

Foruden de almene reguleringstemaer i ansættelsesaftaler bør et aftaleforhold med en udstationeret medarbejder fastslå, hvem der har *lønforpligtelsen* og *ansættelseskompetencen*. Dernæst bør

aftalen regulere de praktiske forhold, som selve udstationeringen indebærer. Hvorledes skal medarbejderens *udflytning* finde sted? Sørger arbejdsgiveren for bolig? Og hvilket tilskud får den udstationerede til rejse, ophold og hjemmebesøg? Se nærmere herom *Bjørn Saltorp* m.fl.: *Projektesport* (1982), s. 15 ff.

Som den part, der ønsker udstationeringen, har arbejdsgiveren en særlig pligt til at foregribe de særlige *risici*, der er forbundet med den. Det må i den forbindelse afgøres, hvilke risici der skal *forsikringsafdækkes*, herunder med hvilken dækning, af hvem og i hvilket forsikringsselskab. Begrebet “forsikring” kan tegne sig vidt forskelligt her og i værtslandet. I samme forbindelse bør det afklares, hvem der skal betale – og i det endelige regnestykke udrede – forsikringspræmien. Endelig må parterne præcisere, om arbejdsgiveren skal betale løn under sygdom og ferier.

*Risiko-
håndtering og
forsikring*

Ved parternes forhandling af vilkårene for en udstationering vil der sædvanligvis blive aftalt en samlet lønpakke, hvor den udstationeredes løn suppleres med tilskud til dækning af omkostningerne ved udstationeringen. Udgangspunktet vil normalt være, at medarbejderen – bortset fra de ikke ubetydelige skattemæssige fordele – ikke skal “tjene på” udstationeringen. En sådan model betegnes som *balance sheet*-modellen. Omvendt vil det ofte stå klart, at man i lande med en lavere skattebetaling end den danske ofte skal betale for flere ydelser, f.eks. skole, uddannelse og sundhedsydelser. Hertil kommer, at der i visse regioner kan være særlige behov for personlig sikring, hvormed følger udgifter til vagtpersonale og overvågning. Om arbejdsgiveren også skal kompensere den udstationerede for en ledsagende ægtefælles manglende indtægt på udstationeringsstedet, må bero på en selvstændig forhandling.

Lønspørgsmål

Skal lønnen udbetales i lokal valuta, bør aftalen indeholde en mekanisme til *kurssikring*, der sikrer medarbejderen mod følgerne af devaluering eller inflationær udhuling af lønnens købekraft. Dette tema er ikke ukompliceret. På den ene side afholdes medarbejderens forbrug under udstationeringen i den lokale valuta. Heroverfor står den realitet, at de fleste medarbejdere lader sig udstationere for at kunne foretage en opsparing i hjemlandets valuta, der på grund af den begrænsede skattepligt til dels vil være skattefri.

Kurssikring

Et særligt spørgsmål er den udstationeredes kontakt med Dan-

Hjemrejse

mark under udstationeringen. Det er sædvanligt at give udstationerede ret til mindst én årlig hjemrejse. En aftale herom bør præcisere, hvilken hjemrejseform der kan anvendes, herunder om der kan eller skal benyttes firmabil, tog eller fly, og i givet fald på hvilken klasse rejser med kollektive transportmidler skal foregå, betaling for overvægt etc. Aftalen bør også tage stilling til, om disse udgifter også skal afholdes fuldt ud, hvis den udstationerede afbryder samarbejdet i utide.

4.2.k. Hjemmearbejde

For stadigt flere ansættelsesforhold er det blevet sædvanligt, at medarbejderen udfører arbejdet helt eller delvis fra hjemmet: Muligheden for at kommunikere via internet og mobiltelefoni har for nogle grupper af medarbejdere gjort et sådant arbejde mindst lige så effektivt som arbejde udført i virksomheden. Hertil kommer et stigende ønske for mange (herunder børnefamilier) om ikke at være for meget hjemmefra og at reducere transporttid. Resultatet heraf er blevet en stigende brug af hjemmearbejdspladser.

Som nærmere udviklet i *IT-retten* (2005), afsnit 14.1.b., giver sådanne arbejdsformer anledning til talrige retsproblemer, hvoraf en del bør søges afklaret gennem aftaleregulering. Reglerne i ansættelsesbevisloven indebærer, at vilkårene herom bør anføres. Det kan f.eks. ske ved en særlig aftale om hjemmearbejde, se som eksempel herpå *Karen-Margrethe Schebye* (2002), s. 95. Blandt de temaer, der bør afklares heri, er, hvilken *arbejdstid* der kan henlægges til hjemmearbejde, hvem der skal bekoste arbejdsstedets *indretning, sikkerhedsspørgsmål og forsikring*.

4.3. Publikumsorienterede opdrag

4.3.a. Kendetegn

Visse opdrag angår personlige, sportslige eller kunstneriske præstationer, der i en eller anden form fremvises for et publikum. Værdien af transaktionen ligger i et publikums fokus på en hovedperson (eller en gruppe af hovedpersoner) og på hovedpersonens præstationer. Denne fokus kan dels udmøntes i et *primært* (målrettet) marked, f.eks. et koncert- eller sportspublikum, men den kan også gøre sig gældende på *sekundære* markeder for andre typer af ydelser, hvor personen kan virke som blikfang. Ved plan-

lægningen af sådanne transaktioner opstår en række relationer og risici, der bør aftalereguleres.

Hvad enten præstationen materialiseres som en frembringelse, der som sådan kan kopieres, offentliggøres, spredes og udnyttes gennem transmission, trykning og mangfoldiggørelse af billeder eller fotooptagelser, eller alene udføres ved en enkeltstående begivenhed, opstår en række spørgsmål om udnyttelsesret og eksklusivitet, der må håndteres på samme måde som i licensaftaler, se herom afsnit 7.4. Centrale temaer er her opdragsgiverens udnyttelsesrettigheder samt betalingen herfor.

*Forskelle og
lighedspunkter*

Præstationen kan også være mere indirekte, f.eks. således at personens relation til publikum alene fremstår ved den støtte, virksomheden præsterer. I så fald foreligger en *sponsorering* af personen, se nærmere hertil afsnit 7.6.c. Centrale temaer er her, hvordan hovedpersonen med sin almindelige optræden understøtter produktets *brand* mv.

Selve *udøvelsen* af opdraget befinder sig som følge af dets stærkt personlige og ofte enkeltstående karakter fjernt fra det klassiske tjenesteforhold. Der er ikke en arbejdsgiver til at “lede og fordele arbejdet”, og betalingen er typisk langt højere og anderledes struktureret end i ansættelsesforhold. Derfor spiller de klassiske ansættelsesretlige temaer kun en beskedne rolle.

Når det gælder den aftaleretlige håndtering, må der drages en sondring mellem de publikumsorienterede opdrag med en *flerhed af udøvere* (f.eks. hold af sportsudøvere eller musikere i et stort ensemble) og opdrag, hvor der kun er en *enkeltperson* inde i billedet (f.eks. en fotomodel eller solist).

Sondringer

Ligeledes spiller det en rolle, om der findes en *organiseret ramme* for udøvelsen af præstationen. I sportens og kunstens verden er aftalereguleringen af kunstneriske præstationer f.eks. i vidt omfang lagt i hænderne på interesseorganisationer. Kunstnerorganisationerne (f.eks. Dansk Musiker Forbund, Dansk Skuespillerforbund og Dansk Artist Forbund) har indgået talrige overenskomster med sigte på deres medlemmer inden for f.eks. teater, tv, film og musik mv. På idrætsområdet findes der en intens aftaleregulering mellem de berørte organisationer, bl.a. i regi af Dansk Idræts Forbund. Det konkrete opdrag aftalereguleres da inden for rammerne af disse vedtagelser, jf. nærmere *Lars Halgreen: Sportsret* (2000), s. 43 ff., og nedenfor under 4.3.c.

4.3.b. Retsgrundlaget*Ansættelses-
lovgivning*

Ud over de almene ansættelsesretlige regler (herunder ansættelsesbevisloven) understøttes publikumsorienterede aftaler ikke af særlig lovgivning. Selv om der måtte foreligge et tjenesteforhold, vil FUL sjældent regulere sådanne enkeltstående tjenester, der kun sjældent vil opfylde kravet i § 1, stk. 2, om gennemsnitlig 8 timers ugentlig beskæftigelse. Det er dernæst vanskeligt at rubricere stærkt personlige, publikumsorienterede tjenester som f.eks. fodboldspil, fotomodelarbejde eller skuespil som “teknisk eller klinisk bistandsydelse af ikke-håndværks- eller fabriksmæssig art”, jf. lovens § 1, stk. 1, litra b). Se f.eks. *U 1950.790 SH*, der ikke anså en mannequin som funktionær. Professionelle fodboldspillere på topplan betragtes almindeligvis som selvstændige erhvervsdrivende. Dermed er det uaktuelt at drage analogier fra FUL og ansættelsesretlige grundsætninger. Lov om ansættelsesbeviser gælder for alle lønmodtagere, hvis ansættelsesforhold har en varighed på mere end 1 måned, og hvis gennemsnitlige, ugentlige arbejdstid overstiger 8 timer.

Retsforholdet beror derfor på parternes aftale og på den relevante baggrundsret, der kan inddrages i mangel af aftale. For at undgå præceptive ansættelsesretlige regler bør parterne dog præcisere, at de ikke anser retsforholdet for omfattet af præceptiv ansættelsesretlig lovgivning. Selvom den slags erklæringer ikke binder domstolene, hvis den præceptive lov omfatter aftalen, vil de formentlig spille en rolle i grænsetilfælde.

Det væsentligste retsgrundlag for sådanne transaktioner må derfor hentes i den almindelige obligationsret suppleret med de regler og retsgrundsætninger, der beskytter det informationsindhold, hovedpersonen repræsenterer ved sit navn og billede og ved de handlinger, vedkommende udfører. Heraf må navnlig følgende fremhæves:

*Navne-
rettigheder*

Kendte og feterede personers navn og billede beskyttes gennem ulovbestemte grundsætninger, der henter støtte i persondataloven og i MFL § 1 om god markedsføringskik. Som nærmere i afsnit 4.1.e. kan personen på dette grundlag nedlægge forbud mod en uberettiget brug af billedmateriale mv. Domstolene har gennem en righoldig praksis afgrænset denne beskyttelse mod utilladt kommerciel udnyttelse. Se f.eks. *U 2009.2666 Ø* (stand-up-komikeren Carsten Bangs billede anvendt som blikfang

på TDC-hjemmeside for et interview, han havde medvirket til – erstatning på 30.000 kr. men ingen godtgørelse), *U 2008.1974 H* (indstik med foto af kvindehåndboldlandsholdet trods dettes overdragelse af fotoretten til europæisk håndboldunion), *U 2003.686 SH* (fodboldspilleren Martin Jørgensen), *U 1996.740 SH* (musikeren Erann DD). Se også *U 1995.624 H*, *U 1965.126 H*, *U 1974.952 Ø*, *U 1986.272 SH*, *U 1986.428 Ø* og *U 1989.1146 SH*. Beskyttelsen mod afbildning er ikke begrænset til kommerciel anvendelse af den portrætterede, se herved *U 1998.170 Ø*, hvor et foto af to skuespillere blev anvendt til illustration af en dagbladsartikel samt *U 1998.160 Ø* om en ugebladsartikel. Se generelt *Henrik Udsen* i *U 1997B*, s. 261 ff., og samme i *De informationsretlige grundsætninger* (2009), s. 388 ff.

Beskyttelsen af retten til eget billede suppleres med MFL's regler om god markedsføringsskik, jf. hertil Forbrugerombudsmandens retningslinjer for anvendelse af portrætbilleder og andre personlige kendetegn i markedsføringen, trykt i Forbrugerombudsmandens Årsberetning, 1987, s. 19. Vejledningen opstiller et almindeligt krav om, at den portrætterede person forudgående skal have givet tilladelse til anvendelsen af sit billede.

Den beskyttelse, der kan udledes af disse almene regler, ligger langt fra den lovfastsatte ret for den fotograferede, der f.eks. gælder efter norsk ret (se hertil *Are Stenvik* i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.): *Festskrift til Mogens Koktvedgaard* (2003), s. 587 ff.), og i en række amerikanske delstater. Af hensyn til disse fremmede retssystemer samt muligheden for, at en senere gennemført lovgivning indfører en tilsvarende beskyttelse, bør den publikumsorienterede tjenesteaftale præcisere adgangen til at anvende optagne fotos. Fordi denne udnyttelsesret rummer aftalens væsentligste værdi, vil tjenesteyderen typisk afgive sin eventuelle ret til optagelsen, således at opdragsgiveren kan indgå de fornødne aftaler.

Undertiden spiller konkurrenceretlige regler ind ved den retlige regulering af publikumsorienterede tjenesteforhold. Det gælder navnlig på sportens område, hvor handel med fodboldspillere f.eks. udgør et marked omfattet af de EU-retlige konkurrenceregler om fri bevægelighed mv. Se hertil *Lars Halgreen: Sportsret* (2000), s. 78 ff. og 143 ff.

God markedsføringsskik mv.

Konkurrenceret

4.3.c. Sportsfolk

Aftalerrelationerne mellem idrættens udøvere og deres klubber mv. frembyder et heterogent billede, jf. nærmere *Lars Halgreen* (2000), s. 268 ff., og *Simon Juul Pedersen: Professionelle sportsudøveres retsstilling i kontraktsforhold* (2012). Som nævnt s. 242 finder funktionærloven som udgangspunkt ikke anvendelse på idrætsudøvere. Det gælder, hvad enten de er amatører eller professionelle, se herved sidstnævnte forfatter, s. 43 ff., der dog påpeger, at man i aftalepraksis ofte vedtager, at loven skal finde anvendelse. I det hele taget må retsforholdene lægges fast ud fra en fortolkning og udfyldning af de aftaler, der indgås.

Siden man i slutningen af 1970'erne indførte betalt fodbold i Danmark, har professionelle fodboldspillere benyttet en af *Dansk Boldspil Union* (DBU) udarbejdet standardspillerkontrakt (se senest cirkulære nr. 89/2014 fra DBU's bestyrelse, tilgængelig under <www.dbu.dk>). Kontrakten skal ifølge DBU's vedtægter anvendes af fodboldspillere, der spiller i en fodboldklub under DBU med fodbold som henholdsvis bibeskæftigelse, deltidsbeskæftigelse og fuldtidsbeskæftigelse (hyppigt betegnet som henholdsvis amatør fodbold, henholdsvis halvprofessionelt og professionelt fodboldspil). Som antaget ved *U 2009.3048 H* går dens indhold forud for de kollektive overenskomster, som i øvrigt måtte gælde for ansatte spillere, idet disse overenskomster beror på det foreningsretlige system, der er etableret under DBU. At standardspillerkontrakten regulerer en række centrale elementer i en ansættelsesrelation gør ingen ændring heri. Se i øvrigt *Lars Halgreen* (2000), s. 276 ff.

Ophørsregulering

Aftaler med sportsudøvere indeholder ofte særegne vilkår om ophør. På den ene side kan det være bestemt, at aftalen skal falde bort under bestemte omstændigheder (f.eks. hvis en klub pga. de sportslige resultater rykkes ned til en lavere serie). Ved professionel sportsudøvelse vedtager man på den anden side ofte uopsigelig (f.eks. for at understøtte "salg" af spillere"). Se hertil *Simon Juul Pedersen* (2012), s. 57 ff. Da der som udgangspunkt ingen præceptive regler findes på området (bortset fra de konkurrenceretlige regler), giver de foreningsretlige rammer normalt fri adgang til at indgå sådanne aftaler.

Sundhed

Spilleraftaler indeholder en nærgående regulering af forhold, der har at gøre med mental og fysisk sundhed. Spilleren har pligt

til at underkaste sig visse former for behandling, og klubben har tilsvarende pligt til at stille disse behandlinger gratis til rådighed. Da selve arbejdspræstationen – boldspillet – er en risikofyldt aktivitet, må aftalen regulere retsstillingen ved skade på spilleren. Foruden pligt til at yde særlig lægebehandling skal klubben tegne en særlig ulykkesforsikring som supplement til den lovpligtige arbejdsskadeforsikring.

4.3.d. Fotomodeller

Aftaler om fotooptagelser med eller fremvisning af fotomodeller indgås almindeligvis via mellemlid. Mellemlidet kan enten være et modelbureau, hvortil modellen er knyttet (ofte på eksklusiv basis), eller – hvis modellen er særligt søgt – en særlig agent, som optræder på modellens vegne og efter dennes instruktioner. Mellemlidet optjener sit vederlag ved de aftaler, der kommer i stand, når modellen udfører opgaver. I modelbureauaftalen tager bureauet undertiden en risiko gennem forskudsvis aflønning. Til gengæld pålægger bureauet modellen særlige pligter, der har til formål at sikre den værdi, der ligger i modellens ydre.

Et større amerikansk modelbureau afkræver f.eks. modellen følgende erklæring som led i den indgåede standardaftale: “I understand that the guaranteed gross income provided for in [...] is contingent upon my maintaining my weight within 10 pounds of my present weight, which is _____. I also understand that I will be booked for jobs based on my physical appearance and I, therefore, agree to keep my hair and physical appearance consistent with that of a top working model and rely upon your advice and opinion with respect thereto.”

Ved modellens deltagelse i optagelser på fjerne lokaliteter må det afklares, hvem der skal afholde *rejseomkostninger*. Dette spørgsmål hænger nøje sammen med vederlagets størrelse. For nye og endnu ukendte fotomodeller spiller deltagelse i *konkurrencer* en betydelig rolle, fordi den skaber en eksponering, der kan give grundlag for nye opgaver. Derfor pålægges modellen gerne en vidtgående pligt til at deltage ikke blot i disse begivenheder, men også i ledsagende medieomtale.

Aftaler mellem yngre fotomodeller og modelbureauer præges af modellens alder. Modellen har ofte ikke opnået myndigheds-

*Rejse-
omkostninger*

alderen ved aftaleindgåelsen, og selv myndige modeller har ikke altid forretningsmæssige erfaringer at støtte sig til. Risikoen for at indgå en uafbalanceret aftale kan derfor være overhængende, bl.a. fordi den unge model har hele sit fokus rettet mod at komme frem i rampelyset og ud i den store verden. Visse bureauer tilbyder at fungere som rådgivere for den umyndige model. Aftalen kommer dermed til at fremstå som en kombination mellem en *tjenesteaftale*, hvor modellen udfører sit arbejde, og en *managementaftale*, hvor bureauet rådgiver om, hvorledes modellen opnår det optimale forretningsmæssige udkomme af sin indsats. Se om kunstnermanagement afsnit 4.7.b.

4.3.e. Skuespillere

Skuespilleren præsterer på én gang en publikumsorienteret tjenesteydelse og en præstation, der er beskyttet i medfør af reglerne i OPHL kapitel V om udøvende kunstners præstationer. Han står hermed i gruppe med andre medarbejdere, der er med til at skabe en film-, tv-, video-, radio- eller teaterproduktion, herunder sangeren, balletdanseren, artisten, koreografen, scenografen og instruktøren. Aftalen indgås med en *producent*, der typisk som initiativtager og investor har ansvaret for produktionens økonomi. Transaktionens publikumsorienterede karakter viser sig bl.a. ved dens udnyttelse af skuespillerens personlige præstation, udstråling og fysiske kvalifikationer. De helbredsmæssige risici håndteres på samme måde som for andre publikumsorienterede tjenester. Alt efter produktionsformen udføres skuespillerens præstation ved optræden eller ved indtaling.

Aftalepraksis bestemmes i vid udstrækning af organisationerne på området, herunder med kollektive overenskomster. Dansk Skuespillerforbund har indgået en række kollektive overenskomster med danske teatre og i tilknytning hertil udsendt et antal standardiserede aftaledokumenter. Se nærmere <www.skuespillerforbundet.dk>.

Honorar

I den praktiske aftaleforhandling er skuespillerens honorar typisk hovedtemaet. Foruden vederlæggelse ved *optræden* må aftalen tage stilling til, hvordan skuespilleren honoreres for *prøvedeltagelse*. Sker vederlæggelse efter antallet af prøver, bør skuespilleren – der typisk vil indrette sin privatøkonomi på produktionen – sikre sig betaling for et fast antal prøvedage. Sædvanligvis aftales en

dagsgage, hvis størrelse minimeres til et fastsat beløb. Ved filmindspilninger, som det af praktiske eller tekniske grunde kan være nødvendigt at lægge på ubekvemme steder og tidspunkter og i længerevarende perioder, aftaler man særlige honoreringsordninger, ligesom honoraret herfor må suppleres med godtgørelse for rejser samt betaling af diæter.

Et andet væsentligt tema – hvis regulering dog typisk varetages af de involverede organisationer og derfor finder udtryk i overenskomster og standardaftaler – angår de rettigheder, der dækker selve *udnyttelsen* af produktionen. Skal der ske transmission i radio og fjernsyn fra opførelser på teatre, der ikke er indrettet herpå, aftales det sædvanligvis, at der forinden skal forhandles med de implicerede kunstnere.

I *tv-produktioner* præges reguleringen af mulighederne for genbrug af optagelsen. Aftalen bør ikke blot regulere retten til at vise den færdige produktion ved første udsendelse og ved genudsendelser, men også retten til vederlag ved udsendelse i nye medier, f.eks. streamingtjenester (se herom s. 460 og 466) eller nye typer af mobile tjenester. Derudover bør aftalen sikre producenten adgang til at anvende korte uddrag ved forhåndsannoncering mv.

Ved *filmproduktion* overdrager skuespilleren typisk producenten en eneret til uden tidsbegrænsning at vise filmen i hele verden, i alle filmformater og på alle fremføringsmåder og til at lade filmen tekste og eftersynkronisere på fremmede sprog. OPHL § 58 indeholder en formodningsregel, der udfylder aftaler, hvorved rettighedshavere (jf. nærmere afgrænsningen i stk. 2) indgår aftale om at medvirke ved indspilningen af en film. Bestemmelsen hjemler ikke i sig selv nogen overgang af rettigheder til filmproducenten, men giver alene denne en legitimation over for omverdenen til at råde over rettighederne til filmen. Således kan ophavsmanden ikke modsætte sig, at 1) der fremstilles eksemplarer af filmen, at 2) eksemplarer af filmen spredes til almenheden, at 3) filmen fremføres offentligt, eller at 4) filmen forsynes med tekster eller tale på et andet sprog.

Aftalerne pålægger ofte den medvirkende skuespiller at stille med kostumer i form af almindeligt moderne tøj til udførelsen af rollen samt andre til rollen hørende moderne genstande af almindelig art. Derimod har skuespilleren ikke pligt til at anskaffe mere kostbare kostumer. Ofte vil man lægge en grænse, så der

*Opførelses-
rettigheder*

Kostumer

ikke skal ske nyanskaffelser for mere end en bestemt andel af den samlede gage.

4.3.f. Musikere

En professionelt udøvende musiker vil løbende indgå aftaler med arrangører, koncertbureauer (se hertil afsnit 4.7.b.) og pladeselskaber mv. (se hertil afsnit 7.5.d.), som bl.a. vil regulere musikerens ophavsretlige og personlighedsmæssige rettigheder. En type aftaler indgås mellem en *arrangør* og musikeren (kaldet *artisten*, hvad enten denne er solist eller indgår i et ensemble). Arrangøren styrer produktionen, enten som ”*featured artist*” (dvs. det navn, der præsenteres for publikum) eller som kapelmester. En anden type aftale indgås mellem den enkelte musiker og ensemblet (under ledelse af en arrangør mv.). Er musikeren ikke selv *featured artist*, vil han typisk blive vederlagt med en tarifbetaling, der forfalder ved hvert engagement, hvad enten dette indebærer deltagelse i en koncert eller pladeindspilning. Det vil typisk være forudsat, at studiemusikere afgiver samtlige ophavsretlige beføjelser til *the featured artist* eller kapelmesteren, som herefter råder over den samlede produktion. Musikernes vederlag består herefter af spillehonoraret og (ved pladeudgivelser) af deres andel af Gramex-vederlaget, jf. OPHL § 68. Dette udgangspunkt vil dog ofte være fraveget gennem de overenskomster, der er indgået med faglige organisationer (herunder Dansk Artist Forbund og Dansk Musiker Forbund).

4.4. Direktøraftaler

4.4.a. Kendetegn

Betegnelsen ”direktør” anvendes om vidt forskellige stillingsfunktioner, hvoraf nogle undertiden har et såre begrænset realindhold. Målte man gennemsnitslønnen for den personkreds, der i en eller anden forstand kan betegnes som ”direktører”, ville den formentlig svare til en faglært arbejders. Selskabsloven (SL) anvender betegnelsen om den eller de personer, der har den daglige ledelse i et kapitalsselskab, jf. § 111, stk. 1, og som figurerer som sådan i Erhvervsstyrelsens it-system, jf. § 14. Betegnelsen *kan* dernæst anvendes til at peppe en stillingsbetegnelse op, selvom man ikke hermed tildeler dens indehaver noget ledelsesansvar i

virksomheden. Således finder man talrige kombinationer, hvor ordet indgår med mere fagspecifikke stillingsbetegnelser, f.eks. teknisk direktør, salgsdirektør og økonomidirektør.

Når ordet anvendes i det følgende, refererer det til den eller de øverste stillingsfunktion(er), der indgår i den daglige ledelse af en virksomhed. Direktører leder ikke kun kapitalselskaber, men også andre juridiske personer (herunder offentlige myndigheder) og interessentskaber. I kapitalselskaber vil den eller de øverst ansvarlige direktør(er) være *tegningsberettiget* for selskabet, jf. nærmere SL § 117.

I alle tilfælde kendetegnes direktørstillingen dels ved, at der ikke består noget tjenesteforhold mellem direktøren og virksomheden (arbejdsgiveren), dels (og derfor) ved fraværet af en præceptiv ansættelsesretlig baggrundsret. Begge forhold nødvendiggør en indgående aftaleregulering.

4.4.b. Retsgrundlaget

En aftale mellem en direktør og en virksomhed er en tjenesteaftale *sui generis*: Direktøren er “ansat” af virksomhedens ejer eller (hvis virksomheden er et kapitalselskab) af bestyrelse eller tilsynsråd (se SL § 111, stk. 1, nr. 1-2), men direktøren befinder sig ikke i et over-/underordningsforhold til disse organer. En direktør ansættes ikke for at efterkomme tjenestebefalinger. Direktøren er den nøgleperson, der skal formulere de strategier og planer, som realiserer selskabets målsætninger, og som udmønter dem ved at formulere opgaver, som andre herefter skal løse. For den retlige bedømmelse betyder det, at direktøren netop ikke er omfattet af lovgivningens ansættelsesretlige regler, herunder navnlig funktionærloven og ferieloven. Direktøren har altså ikke en “chef”, men indgår i et tæt samarbejde med virksomhedens ejer eller (i et kapitalselskab) med den bestyrelse eller det tilsynsråd, som har ansvaret for den øverste ledelse, jf. SL § 111. Uden et gnidningsløst samarbejde mellem direktøren og ejeren – og i praksis med formanden for bestyrelsen/tilsynsrådet – kan direktøren ikke udføre sine opgaver. I så fald må direktøren sige farvel.

Direktøren vil være ansvarlig for at servicere sin bestyrelse, sit tilsynsråd eller virksomhedens ejer med oplysninger af enhver art, som måtte blive efterspurgt. Direktøren skal fremlægge forslag til *strategier og planer*, ligesom han må respondere på de planer

mv., bestyrelsen eller tilsynsrådet har lagt. Direktøren har dernæst ansvaret for *budgetlægning* og *årsrapportering*, ligesom han har ansvar for virksomhedens *risikostyring*, herunder forsikringer.

Direktionsinstruks

Nærmere krav til disse opgaver bør angives i *direktøraftalen*. Men også andre instrumenter kan anvendes, f.eks. en direktionsinstruks. Heri kan bestyrelsen præcisere og afgrænse den “daglige ledelse”, som direktøren har ansvaret for, jf. SL § 117. Ved at regulere sådanne forhold i en direktionsinstruks (frem for i selve direktøraftalen) kan man udvise en større fleksibilitet: Ændringer opfattes ikke som genforhandlinger af direktøraftalen, men som praktiske foranstaltninger. En direktionsinstruks kan også være hensigtsmæssig, hvis selskabet har flere direktører, idet den kan afgrænse disse interne arbejds- og kompetenceområder.

Forretningsorden

Består bestyrelsen (eller tilsynsrådet) i et kapitalsselskab af flere medlemmer, følger det af SL § 130, stk. 1, at bestyrelsen (eller tilsynsrådet) ved en *forretningsorden* skal træffe nærmere bestemmelser om udførelsen af bestyrelsens eller tilsynsrådets hverv. SL indeholder ingen minimumskrav til denne forretningsorden, men indeholder i stk. 2 en inspirationsbestemmelse med punkter, som bestyrelsen eller tilsynsrådet “bør” overveje, herunder om konstitution, arbejdsdeling, tilsyn med direktionens daglige ledelse, føring af bøger, protokoller mv., skriftlige og elektroniske møder, tavshedspligt, suppleanter, regnskabskontrol, underskrivelse af revisionsprotokol og sikring af tilstedeværelsen af det nødvendige grundlag for revision. Med denne oversigt lægger SL op til, at det enkelte selskab udformer en forretningsorden, der specifikt passer til dets forhold, og altså ikke blot vedtager et standarddokument.

4.4.c. Arbejdspræstationen

Ansvarsområde

I direktøraftalen er det væsentligste aftaletema – foruden vederlaget – direktørens *ansvarsområde*. For kapitalsselskaber er ansvarsområdet defineret i SL § 117, stk. 1, hvorefter direktionen skal varetage den daglige ledelse af kapitalsselskabet og derved følge de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har givet. Den daglige ledelse omfatter ikke dispositioner, der efter selskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning. Sådanne dispositioner kan direktionen kun foretage efter særlig bemyndigelse fra bestyrelsen, medmindre bestyrelsens beslutning ikke

kan afventes uden væsentlig ulempe for selskabets virksomhed. Bestyrelsen skal i så fald snarest muligt underrettes om den trufne disposition. Som nævnt s. 227 kan der være en pædagogisk værdi i at gentage baggrundsretten i en ansættelsesaftale. Indgår selskabet i en koncern, bør aftalen angive direktørens kompetence og arbejdsopgaver over for koncernforbundne selskaber.

Direktøraftaler tager sjældent stilling til direktørens arbejdstid. Opgaven er jo, som anført s. 230, at frembringe et arbejdsresultat, nemlig at lede virksomheden. Direktøren forventes derfor at stille sin fulde arbejdskraft (“al sin tid og flid”) til rådighed for selskabet, uafhængigt af “normal” kontortids begyndelse og slutning. Heri ligger normalt en forudsætning om fleksible arbejdstider. For selskabet er det i alle tilfælde direktørens resultater, der tæller – ikke omfanget af hans fysiske tilstedeværelse.

Arbejdstid

Et særligt tema i direktøraftalen angår direktørens ret til bibeskæftigelse. Uden modstående aftale må det antages, at en ansat direktør er heldagsbeskæftiget. Hvor det er den ansættelsesretlige hovedregel, at heltidsansatte kan have bibeskæftigelse, der ikke afskærer dem fra at præstere deres arbejdsindsats, kræver direktørens bibeskæftigelse udtrykkelig (skriftlig) tilladelse fra selskabets bestyrelse, jf. i det hele *Boe m.fl. (2016)*, s. 110 ff. Der er ikke megen praksis på området. Dommene i *U 1972.41 H* og *U 1974.101 H* angik tilfælde, hvor selskabet havde kendt til bibeskæftigelsen uden at gribe ind. I kommentaren til sine 2011-anbefalinger om God Selskabsledelse (se <www.corporategovernance.dk>) anfører Komitéen for God Selskabsledelse, at et medlem af det øverste ledelsesorgan, der samtidig er direktør i et selskab, ikke kan varetage mere end nogle få poster som menigt bestyrelsesmedlem, eller en formandspost og en menig post i selskaber, der ikke er en del af koncernen.

Bibeskæftigelse

En hyppigt forekommende bibeskæftigelse er direktørens hverv i ikke-konkurrerende selskabers *bestyrelser*. Bl.a. fordi bestyrelsesarbejde kan give direktøren værdifuld erfaring, tillades den slags hverv ofte. Spørgsmålet reguleres typisk med en hensigts-erklæring om, at direktøren bør have adgang til at påtage sig bestyrelsesarbejde, men at bestyrelsen i hvert enkelt tilfælde skal godkende hvervet. Poster, der vil medføre et voldsomt arbejds-press, eller som vil kunne bringe direktøren i en interessekonflikt over for selskabet, vil sjældent blive tilladt.

Bestyrelseshverv

Spekulation

I nær forbindelse med – men principielt adskilt fra – retten til bibeskæftigelse er direktørens adgang til at involvere sig i private spekulationsforretninger. Også her er aftalepraksis restriktiv. Når spekulationsforretninger falder uheldigt ud, kan de ikke alene true direktørens økonomi, men også hans mentale overskud. Dertil kommer risikoen for, at direktørens integritet og troværdighed trues, hvis han også forventes at disponere spekulativt i selskabets interesse. Endelig tager spekulationshandlinger tid og energi.

4.4.d. Vederlaget*Sammensætning*

Direktørens vederlag kombinerer ofte *fast* og *præstationsafhængig* betaling, jf. herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.3.c. Den variable betaling kan omfatte fordelingsmekanismer svarende til dem, vi kender fra aftaler om partnerskab. En dygtig direktør, som med sine færdigheder evner at tjene store værdier hjem til selskabet, kan fristes til selv at etablere sig. Denne fristelse modvirkes, hvis direktøren får sin andel af kagen ved sådanne aflønningsformer, f.eks. i form af bonus eller *tantiemebetaling*. SL § 138 opstiller visse begrænsninger herfor. I dag er aftaler om *aktieoptioner* (hvorved direktøren får ret til at købe aktier i selskabet til favørkurs) helt sædvanlige. Se hertil afsnit 2.5.f. om vederlag i aktierettigheder og 4.1.d. om aktieløn. Aflønningen vil typisk være suppleret med *frynsegoder*. Se hertil afsnit 4.2.g.

Grundvederlag

Direktørens grundvederlag sættes typisk under hensyntagen til de værdier og den arbejdsindsats, som selskabet forventer. En krævende direktørstilling vil ofte indbefatte en 60-70 timers arbejdsuge med et minimum af ferie. Vederlaget må dernæst kompensere direktøren for den vanskelige stilling, han vil stå i, hvis bestyrelsen gør brug af sin ret til diskretionært at opsiges ham. Hvis ikke virksomheden også er stiftet af direktøren selv (eller dennes familie), er det de færreste direktører, der leder samme virksomhed “fra vugge til grav”. En vellønnet, midaldrende direktør i en stor virksomhed kan have vanskeligt ved efter opsigelse at skaffe sig anden beskæftigelse på samme niveau, uanset om opsigelsen rummer en udtalt eller indirekte kritik af ham eller ikke. For at kompensere herfor aftales ofte lange opsigelsesfrister på f.eks. 12 eller 18 måneder, der træder i kraft efter en prøveperiode, f.eks. på 6 måneder.

Lange opsigelsesfrister understøtter fratrædelsesaftaler, som i deres samlede kompensation til direktøren kommer til at virke som et såkaldt “gyldent håndtryk” (“*golden parachute*”). Som led i en sådan ordning vil direktøren skulle fratræde umiddelbart efter opsigelsen, idet det aftales, at han ikke skal tilbagebetale lønnen i opsigelsesperioden, selvom han finder anden beskæftigelse i denne periode. Uden særlig aftale måtte det ellers antages, at han skulle tilbagebetale sin opsigelsesløn, for så vidt den var dækket af indtægterne fra anden lønnet beskæftigelse i opsigelsesperioden. Til gengæld vil direktøren normalt forpligte sig til ikke at kommentere baggrunden for opsigelsen offentligt, jf. om aftaler om kommentarafkald *Praktisk aftaleret*, s. 254 f. Det vil kunne aftales, at direktøren skal betale sin *parachute* tilbage, hvis denne diskretionspligt brydes.

*Gyldne
håndtryk*

4.4.e. Særlige reguleringsområder

Ved ansættelse af en direktør tager begge parter en forretningsmæssig risiko for, at direktøren kan løfte den forudsatte ledelsesopgave, og for at virksomhedens *forretningskoncept* holder. Falder risikoen heldigt ud, tjenes “investeringen” i direktøren hjem. Men den forspildes, hvis direktøren kan videreføre virksomhedens succes i eget regi. Derfor bør direktøraftalen altid indeholde en *konkurrenceklausul*. Konkurrenceklausulens problemer er omtalt i afsnit 4.1.c., hvor de retlige begrænsninger i aftalefriheden ligeledes gengives. Som her anført gælder AKL ikke for direktører, bortset fra § 11, stk. 1-2, jf. samme bestemmelses stk. 3.

*Konkurrence-
klausul*

To af de væsentligste temaer er konkurrenceklausulens *varighed* (her aftales ofte 1-2 år) samt *vederlaget* for den. Ligesom det gælder for funktionærer i medfør af AKL §§ 8-9, vil direktørens vederlag for at påtage sig en konkurrenceklausul ofte udgøre et beløb på mellem 40 og 60 % af årslønnen, eller mere. Binds varigheden sammen med det vederlag, der betales for konkurrenceklausulen, vil der lettere kunne skabes balance i aftaleforhandlingen.

Konkurrenceklausulen bør sanktioneres med *konventionalbod*, se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 8.3.b. I konkurrenceklausuler for direktører og andet ledende personale kan der være behov for at modvirke, at direktøren ved sin fratræden tager medarbejdere med sig. En klausul, der effektivt skal sikre herimod, må

formuleres således, at direktørens pligt til at afstå fra at ansætte tidligere medarbejdere også afskærer ham fra at udvirke sådanne ansættelser gennem virksomheder, som han er tilknyttet til på anden vis (f.eks. i kraft af ejerinteresser eller senere ansættelse).

Varighed

Herhjemme indgås direktøraftaler almindeligvis uden tidsbegrænsning, men, som anført, med en relativt lang opsigelsesperiode. I visse tilfælde ansættes direktører for kortere åremål, f.eks. til at lede virksomheden gennem en vanskelig overgangsperiode, såkaldt *interim management*. Aftaler herom kan på grund af deres tids- og opgavebestemte karakter have lighedspunkter med rådgiveraftaler (og undertiden indgås de også med en konsulentvirksomhed som aftalepart eller mellemmand). I USA er det derimod ikke ualmindeligt at indgå direktøraftaler med tidsbegrænsninger på f.eks. 3 år med mulighed for forlængelse, eventuelt i kombination med en præstationsafhængig aflønning. Opnås de forventede resultater, kan direktøren regne med at fortsætte, ellers ikke.

Fusionsklausuler

Selv den bedste direktør kan blive overflødig (i hvert fald som øverste *enedirektør*), hvis selskabet efter fusion eller opkøb underlægges en anden ledelse, eller hvis den oprindeligt forventede ledelsesopgave af andre grunde afgørende ændrer karakter. For at sikre sig herimod kan parterne indsætte en såkaldt fusionsklausul i direktøraftalen, hvorefter direktøren får løn i en længere opsigelsesperiode (f.eks. 3-4 år), hvis der efter en fusion eller anden overtagelse af virksomheden ikke længere er brug for ham.

Hemmeligholdelse

De hensyn, der begrundet behovet for konkurrenceklausuler i direktøraftaler, taler tilsvarende for at pålægge direktøren en hemmeligholdelsespligt, der er gældende efter hans fratræden. Sådanne klausuler kan retshåndhæves over for tredjeparter i medfør af MFL § 19, se nærmere afsnit 7.2.a. Ud over de pædagogiske hensyn, der ligger i at *indskærpe* denne pligt på skrift, samt muligheden for at *præcisere* disse almindelige regler for at undgå tvivl om forpligtelsens indhold, kan en aftalemæssig vedtagelse understøtte særlige regler om *konventionalbod* samt hjemmel til umiddelbar nedlæggelse af *forbud* (se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.5.b. og 8.3.b.).

4.5. Rådgiveraftaler

4.5.a. Kendetegn

En rådgiver leverer information tilpasset en klients individuelle behov. Rådgivning præsteres af talrige *liberale erhverv*, f.eks. advokater, revisorer, landinspektører og arkitekter, og inden for vidt forskellige *vidensområder*, f.eks. juridisk og regnskabsmæssig bistand, bistand til projektering og byggeri og til anskaffelse, installation og drift af kompliceret teknik. Ved såkaldt *managementrådgivning* får klientvirksomheden f.eks. en “sparringspartner”, der med friske øjne anskuer et problem eller afklarer grundlaget for en forretningstransaktion. Samfundets specialisering har ført til, at der kommer stadigt nye rådgivningsområder til, og stadigt flere af disse rådgivere er genstand for lovregulering, jf. herom s. 257.

Karakteristik

Ud over sine opgaver som informationsleverandør udfører rådgiveren undertiden *praktiske arbejdsopgaver* for sin kunde. Derfor kan grænsen mellem rådgivning og faktisk bistandsydelse være vanskelig at drage. Eksempler herpå er praktisk *projektstyring*, der bl.a. skal sikre et velovervejet beslutningsgrundlag og en hensigtsmæssig planlægning og rollefordeling. Ligeledes præsterer rådgivende ingeniører ofte tekniske arbejdsresultater i form af f.eks. udvikling af edb-programmer (software) eller tilretninger hertil.

Rådgivningsydelser præsteres af en række forskellige professioner, der hver for sig definerer sig med faglige færdighedskrav og en hertil hørende professionsetik. En rådgiver, der ikke befinder sig i en sådan veldefineret profession, vil ofte betegne sig som “konsulent”. Konsulentmarkedet er lige så heterogent som de vidensområder, konsulenterne baserer deres rådgivning på. Typiske vidensområder er personlig *coaching*, kommunikation og strategisk rådgivning til de øverste ledelseslag. Talrige offentlige myndigheder er flittige kunder hos sådanne konsulentvirksomheder. Foruden muligheden for fleksibelt at tiltrække og frigøre sig fra arbejdskraft, indebærer den aftalemæssige ramme, hvor konsulenten ikke *ansættes*, at myndigheden ikke er forpligtet af det offentlige lønsystem, der hyppigt – med rette eller urette – beskyldes for at stå i vejen for ansættelse af særlig kvalificeret arbejdskraft. De virksomheder, der tilbyder denne rådgivning,

Konsulenttitlen

spænder fra lokale enkeltmandsfirmaer til multinationale konsulentfirmaer med en global omsætning i milliardklassen. Ikke alle dele af dette marked er omgivet af lige stor respekt. Onde tunger mener at kunne påstå, at en konsulent er en person, der låner klientens ur for at fortælle ham, hvad klokken er, for derefter at gå af sted med det!

Rådgivere tilknyttes deres kunder med vekslende grader af intimitet. Forventes rådgiveren at styre rådgivningsforløbet, betegnes kunden ofte som *klient*, se hertil *Advokatretten*, s. 72 f. Ligeledes kan den tillid, som kunden viser rådgiveren i beslutningstagningen, variere. Nogle rådgivere indtager en stilling, der kan minde om en betroet medarbejders (f.eks. konsulenter, der antages i en periode for at udvikle eller afvikle et projekt). Andre har kun kontakt med klientvirksomheden i forbindelse med afmålte arbejdsopgaver (som f.eks. når en ekstern revisor yder bistand til klientens interne bogføring).

Af disse grunde er det vanskeligt at opstille præcise krav til ydelsens indhold og kvalitet. Manglende præcision overlader rådgiveren en frihed i opfyldelsesvalget, som koncipisten bør reducere med en så præcis beskrivelse af ydelsens indhold som muligt (under de givne tekniske vilkår). En nærmere præcisering af ydelsen kan dog forudsætte, at man i forvejen besidder den efterspurgte ekspertise, hvilket kunden ikke nødvendigvis gør. Kunden må derfor allerede inden aftaleindgåelsen forlade sig på rådgiveren (hvis ikke han da forud herfor skulle antage en *ny* rådgiver med henblik på at kvalitetssikre eksisterende rådgivers råd herom!). Aftalen rummer altså fra fødslen en konfliktrisiko. Denne risiko bliver ikke mindre af markedets mangel på struktur og gennemsigtighed.

4.5.b. Retsgrundlaget

Retsgrundlaget for rådgivningsydelser findes i den almindelige formueret. KBL gælder ikke for tjenesteydelser (hvortil rådgivning hører), og som nærmere uddybet i afsnit 5.4.b. antages loven heller ikke at gælde for ydelser, der alene har karakter af information. Ansættelsesrettens regler finder netop heller ikke anvendelse, når rådgiveren – som det typisk er tilfældet – antages som erhvervsmæssig bistandsyder (her bortses fra de tilfælde af omgåelse, der kort omtales s. 210 f.). Retsforholdet må derfor

baseres på den indgåede *aftale*, således som denne kan suppleres med almindelige *forudsætningspunkter* mv.

Stadigt flere rådgivere er genstand for lovregulering. De klassiske tilfælde af lovregulering finder man i reglerne om advokater (se herved retsplejelovens første bog, syvende afsnit, kapitlerne 12-15b) og revisorer (se herved lov nr. 468 af 17. juni 2008 om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder). Af andre, og til dels nyere, eksempler kan nævnes ejendomsmæglerloven (nr. 526 af 28. maj 2014), lov om juridisk rådgivning (nr. 419 af 9. maj 2006), lov om finansielle rådgivere (nr. 599 af 12. juni 2013), lov om forsikringsformidling (lovbekendtgørelse nr. 1065 af 22. august 2013) og lov om landinspektørvirksomhed (lovbekendtgørelse nr. 680 af 17. juni 2013).

*Professions-
regulering*

Ofte vil lovreguleringen sætte grænser for, hvilke typer af opdrag rådgiveren kan påtage sig som rådgiver. Generalklausuler, der pålægger rådgiveren at optræde i overensstemmelse med god skik mv., indgår almindeligvis som en del af reguleringen. Lovregulerede professioner vil have klageinstanser med kompetence til at afgøre klager over rådgiverens adfærd eller vederlagskrav. Formålet med en sådan lovregulering er at sikre kvaliteten og uafhængigheden af rådgivningen.

Rådgivere, der ikke er underkastet lovregulering, kan via deres medlemskab af brancheorganisationer være underlagt særlige kollegiale pligter til at optræde etisk mv. I regi af sådanne organisationer vil der ofte være etableret klageordninger, som kunderne kan benytte sig af. Organisationerne benytter også den slags ordninger til at markedsføre deres medlemmer. En sådan selvregulering kommer dog sjældent meget længere end til at vedtage en etik, der i brede vendinger pålægger medlemmerne at “optræde etisk” og at give kunderne “kvalificeret og kompetent rådgivning og assistance”. Klager vil ofte skulle indgives til bestyrelsen for organisationen, og klagehyppigheden er sjældent stor. Tilsvarende beskeden er normdannelsen gennem klagepraksis. Ofte kan en sådan (generel) brancheregulering tillægges betydning ved afgørelsen af erstatningsretlige spørgsmål. En sådan betydning vil organisationens konkrete udtalelser om det korrekte eller kritisable ved medlemmets specifikke adfærd også kunne have.

*Branche-
regulering*

Rådgivning har ofte betydelige økonomiske implikationer. For-

Erstatningsret

kert rådgivning kan påføre klienten tab, f.eks. ved fejlindkøb eller ved rådgiverens ubeføjede accept af en afleveringsprøve (hvorved mangelskrav fortabes). Derfor har rådgiveransvaret stor betydning for rådgiveraftalen. Der findes en betydelig litteratur og praksis herom, se f.eks. *Morten Samuelsson & Kjeld Søgaard: Rådgiveransvaret* (1993), *Lars Bo Langsted: Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar* (2004), *Lars Bo Langsted, Paul Krüger Andersen & Lars Kiertzner: Revisoransvar*, 7. udgave (2008) samt den omfattende gennemgang hos *Gjedde-Nielsen & Hansen* (2013), s. 159-335. Se fra nyere praksis *U 2011.380 Ø* (energikonsulent), *U 2009.26 V* (arkitekt), *U 2008.1466 Ø* (bygningssagkyndig), *U 2008.410 H* (advokats investeringsråd) og *U 2006.2667 H* (landinspektør). Af ledende domme fra tidligere praksis kan fremhæves *U 1971.774 H*, *U 1973.675 H*, *U 1974.299 H* og *U 1987.153 H*.

Forsikring

På grund af rådgiverens ansvarseksponering bør aftalen afklare, om rådgiveren er forsikret. Mange rådgiverprofessioner pålægger deres udøvere at tegne forsikring inden for bestemte maksima. Involverer rådgivningen større værdier, kan det være nødvendigt at tegne supplerende forsikringsdækning. Normalt vil det være rådgiveren, der dækker forsikringsudgiften.

Ansvarsregulering

Som udgangspunkt kan en rådgivers erstatningsansvar aftalereguleres. Her gælder den almindelige hovedregel om aftalefrihed. Dette udgangspunkt modificeres dog i væsentlige henseender – i hvert fald i relation til lovregulerede rådgivningsprofessioner. Således antages det, at en ansvarsfraskrivelse, der reelt fritager rådgiveren for at levere sin kerneydelse, ikke gyldigt kan indgås. Se hertil *Gomard: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktsforhold* (1958), s. 365 ff., *Samuelsson m.fl.* (1993), s. 24 ff., *Carsten Munk-Hansen* i *U 2011B*, s. 21 ff. og *Lærebog i obligationsret I*, s. 415.

Derimod er der en videre adgang til at aftale *begrænsninger* i erstatningsansvaret. ABR89 pkt. 6.2 afskærer f.eks. ansvar for driftstab, avancetab eller andet indirekte tab (pkt. 6.2.4.), begrænser ansvaret i tid (pkt. 6.2.3.1.) og betinger det af hurtig reklamation (pkt. 6.2.3.2.). Nyere retspraksis har anerkendt ansvarsfraskrivelse i professionelle tjenesteaftaler, når fraskrivelsen har været tydelig og dens konsekvenser kendelige for klienten, og når skaden falder inden for de risici, som fraskrivelsen tager

sigte på. U 2003.500 Ø opretholdt således en ansvarsfraskrivelse ved faldskærmsudspring under professionel bistand.

Hvor der er forskellige holdninger til, i hvilket omfang rådgiveren kan fraskrive sig ansvaret for *uagtsomhed*, er der enighed om, at ansvaret kan *begrænses* beløbsmæssigt i rimeligt omfang, se hertil *Advokatretten*, s. 803 f. En rimelig grænse vil normalt være det maksimum for forsikringsdækningen, der gælder for rådgiverens profession. Parterne kan i alle tilfælde *begrænse opdraget*, så rådgivningen kun omfatter *specielle aspekter*. Dermed vil skader indtrådt ved forhold, der falder uden for opdraget, ikke pådrage rådgiveren ansvar. Se hertil *Carsten Munk-Hansen* i U 2010B, s. 201 ff.

4.5.c. Aftaleindgåelsen

Angår rådgivningen komplekse beslutninger (f.eks. i forbindelse med et teknisk udviklings- eller anskaffelsesprojekt), bør rådgiveraftalen håndteres med samme omhu som den disposition, som rådgivningen omhandler. Kunden bør på forhånd nøje undersøge rådgiveren efter de principper, der er skitseret i *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.2., og sikre sig, at rådgiveren kan leve op til de forventede kvalitetskrav. Om nødvendigt kan der afholdes en udbudsforretning med henblik på *prækvalifikation*, inden kunden indleder den endelige aftaleforhandling med rådgiveren.

Forberedelse

Behovet for at aftaleregulere beror på, hvordan klienten kan frigøre sig fra rådgiveraftalen. Visse rådgivere, f.eks. advokater, opererer under sådanne krav til uafhængighed og tillid, at vilkår om uopsigelighed ikke anses for acceptable. Et sådant forbud antages således at følge af generalklausulen om god advokatskik i retsplejelovens § 126, stk. 1, se herved *Advokatretten*, afsnit 7.3.f. Rådgivere, der ikke er underlagt en sådan lovregulering, tilbyder ofte deres rådgivning i “pakker”, der forudsætter uopsigelighed. Jo større betaling, opdraget forventes at indebære, desto længere opsigelsesvarsel vil sådanne rådgivere ønske, bl.a. fordi opdraget kan nødvendiggøre antagelse af medarbejdere. ABR89 tildeler kunden en afbestillingsret uden pligt til at godtgøre rådgiveren udgifterne ved mistet fortjeneste, se pkt. 7.2.1, jf. pkt. 7.1.1. Ved afbestilling kan rådgiveren kun kræve betaling for *udført arbejde* samt godtgørelse for sine *udgifter* i anledning af, at opgaven standses, herunder løn til overflødiggjort arbejdskraft og

leje af overflødiggjorte lokaler. Rådgiveren skal søge at begrænse disse udgifter mest muligt. Se i øvrigt om opsigelse af rådgivere, *Hørlyck* (2014), s. 234 ff. (om bygherrens afbestillingsret), *Jørgen Hansen: Teknikeraftalen* (1984), s. 315 og 320 ff. og *Lyngsø: Afbestillingsret* (1971), s. 304.

Uafhængighed

Når rådgivningen forudsætter et særligt tillidsforhold til klienten, bør aftalen regulere rådgiverens *uafhængighed* og *habilitet*. De fleste professioner har regler om interessekonflikter, og talrige tungtvejende hensyn (herunder ønsket om at undgå kompromittering af erhvervshemmeligheder) taler da også for at antage, at der består en almindelig ulovbestemt grundsætning, der forpligter betroede rådgivere til at holde sig fri af substantielle interessekonflikter. En sådan grundsætning synes da også at træde frem i retspraksis, se f.eks. *U 2008.100 ØLK*, der nedlagde forbud mod et konsulentfirmas samarbejde med en ny konkurrerende kunde et år efter, at samarbejdet med den tidligere kunde var afsluttet. Men kundens interesse i uafhængighed rækker videre. Navnlig ved rådgivning om anskaffelse af *kompliceret teknik* og om valg af *underleverandører* har kunden en interesse i at sikre, at rådgiveren ikke af magelighed blot anbefaler kunden at indgå aftale med den leverandør og anskaffe det udstyr, som rådgiveren plejer at anbefale. Består der en risiko for en sådan *bias*, bør kunden indhente en erklæring fra rådgiveren herom, f.eks. med oplysning om udfaldet af dennes seneste tilsvarende anbefalinger.

4.5.d. Aftalepraksis

Standardvilkår

Rådgivere med fast organisationstilknytning vil typisk gøre brug af den relevante branche organisations standardformularer i deres aftaleindgåelse. I enkelte tilfælde har de involverede organisationer på begge sider skabt et *agreed document*. Et eksempel herpå er *ABR89*, jf. nærmere *Gjedde-Nielsen & Hansen* (2013), 15 f. Vilkårene i disse formularer suppleres typisk med individuelle vedtagelser, der tilrettes behovet i det enkelte rådgivningsopdrag. De fleste rådgivervirksomheder har egne standardvilkår af den art. For en række rådgivere bekræftes vilkårene for opdraget ofte ved et *aftalebrev*, som rådgiveren fremsender til klienten ved opdragets antagelse.

I de advokatetiske regler, der er vedtaget af *Advokatrådet* (senest til anvendelse fra 1. november 2015), pålægges advokater en pligt til at synliggøre vilkårene for opdraget for klienten, jf. nærmere pkt. 13.1. Når klienten handler *inden for sit erhverv*, skal advokaten ifølge pkt. 14.1 i forbindelse med indgåelsen af aftalen om bistand af egen drift og på klar og entydig måde oplyse klienten om de vigtigste elementer i den påregnede bistand, medmindre dette allerede fremgår af sammenhængen. Hvis advokaten på forhånd har fastsat et bestemt honorar, skal advokaten i forbindelse med indgåelsen af aftalen om bistand af egen drift og på klar og entydig måde oplyse om honorarets størrelse. Hvis der ikke foreligger en skriftlig aftale, skal disse oplysninger gives eller gøres tilgængelige, inden bistanden ydes. Hvis det ikke er muligt på forhånd at beregne honorarets størrelse, skal advokaten på klientens anmodning enten angive den måde, hvorpå honoraret vil blive beregnet, eller give et begrundet overslag. Advokaten skal desuden oplyse om de forventede udlæg, herunder afgifter til det offentlige, jf. pkt. 14.2.

Advokater

Det offentliges massive brug af konsulenttydelser har skabt fokus på de aftaler, der indgås med konsulenter (og de hermed forbundne udgifter!). *Administrations- og Personaledepartementet* udsendte i 1987 en standardkontrakt om konsulentopgaver med henblik på det statslige område og i 1989 en vejledning for statsinstitutioner om konsulentanvendelse. Vejledningen dækkede alle typer konsulentopdrag inden for ledelsesrådgivning mv. og giver bl.a. anvisninger på, hvorledes sådanne aftaler indgås, og hvordan konsulentopgaverne afgrænses (kommissorium). Aftalen regulerer en række af de forhold, der kendes fra ABR89, bl.a. om rejseudlæg (der dog her maksimeres). Konsulentaftalen forudsætter dog en tættere forbindelse mellem rådgiver og klient end ABR89.

Konsulenter

4.5.e. Ydelsen

For rådgivningsydelse kan det være vanskeligt at drage grænsen mellem indsats- og resultatforpligtelser, jf. om denne sondring *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.2.a. Selvom rådgivningen munder ud i et "resultat", der f.eks. er materialiseret i en *rapport* med forslag til et beslutningsgrundlag, kan det ligge langt fra den behovsopfyldelse, kunden finder relevant. Har rådgiveren misforstået centrale elementer i kundens beslutning, bliver resultatet uden

praktisk værdi for kunden. Denne risiko er større, jo mere diffust vidensområdet er. Megen juridisk, skattemæssig, regnskabsmæssig og ingeniørmæssig rådgivning er nærmest eksakt videnskab, hvor værdien af rådgivningen let kan verificeres. Her er problemet ikke så stort. Anderledes f.eks. med strategisk ledelsesrådgivning eller kommunikationsrådgivning.

For at minimere denne risiko bør større rådgivningsopdrag struktureres i *faser*. Første fase kan f.eks. resultere i et “leverancekoncept”, der viser, hvorledes rådgiveren påtænker at gribe opdraget an. Hvis kunden føler sig tryk herved, kan næste fase indkredse opgaven og lede til forslag om enkelte beslutningskomponenter. Dækker også dette resultat kundens ønsker, kan man fortsætte samarbejdet ind i nye faser. Ved byggerådgivning sondres ofte mellem en første fase, der definerer et “forprojekt”, og en senere fase, der angår “hovedprojektet”.

*Opdrags-
beskrivelsen*

Rådgiveropdrag vil ofte være afgrænset på flere niveauer. I en *opgavebeskrivelse* anføres den opgave, der skal løses, gerne med angivelse af, hvilke medarbejdere rådgiveren vil inddrage, samt deres uddannelse, erfaring og anciennitet. Har opdraget været genstand for en offentlig udbudsforretning (se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.3.i.), vil opgavebeskrivelsen fremgå heraf. Hertil føjer sig en *rammeangivelse*, der med henvisning til foreliggende projektbeskrivelser, indgåede aftaler eller gældende regler angiver de vilkår, inden for hvilke rådgiverens ydelse skal præsteres, f. eks. om kunden stille kontorareal til rådighed. Ligeledes kan man her præcisere, hvilken samarbejdsorganisation der skal etableres.

*Personlige
opdrag*

Visse rådgivningsopdrag indgås på grundlag af kundens særlige tillid til rådgiveren. Kundens tillid spiller en større rolle jo mindre eksakt rådgiverens ekspertise er. Derfor har kundens tillid stor betydning i rådgivning, der indebærer skønselementer, herunder strategisk ledelsesrådgivning. Graden af personlig tillid spiller også en rolle for rådgiverens adgang til at *videredelegere* sin opgave til kolleger i rådgivervirksomheden. Adgangen hertil beror også på, om det er praktisk muligt for rådgiveren at udføre opdraget alene. En rådgiveraftale med et stort rådgivende ingeniørfirma behøver ikke tage stilling til, hvilke medarbejdere der involveres. Man formoder, at ingeniørfirmaet bemander projektet bedst muligt. Omvendt formodes en rådgiveraftale indgået med en enkeltperson udført af vedkommende selv.

Ønsker parterne at fravige disse udgangspunkter, bør dette finde udtryk i aftalen. Se hertil for advokatydelse *Advokatretten*, s. 224.

4.5.f. Betaling

Rådgiverens vederlag er et kært barn med mange navne: Betegnelser som “honorar”, “salær”, “vederlag” og “betaling” anvendes uden tilsyneladende begrebsforskelle. Er intet aftalt, gælder dansk rets almindelige regler om vederlagsbetaling uden aftalt pris, se hertil *Lærebog i obligationsret I*, afsnit 3.2.b. Disse regler fører almindeligvis til en honorering baseret på en timebetaling efter en sædvanlig timesats for en rådgiver med den forudsatte faglige standard og renommé mv. Fravigelser af disse udgangspunkter kræver særskilt aftale.

Udgangspunktet

I alle tilfælde bør aftalen fastslå en betalingsplan. Flere muligheder står for: Man kan for det første aftale en *fast betaling* for ydelsen, eventuelt fordelt i rater. For det andet kan der betales for *medgået tid*, der enten opgøres ved opdragets afslutning eller i løbende terminer. En tredje mulighed er at lade rådgiverens betaling bero på dennes skøn over værdien af det udførte arbejde, sml. princippet i KBL § 5. Uanset hvilket princip der vælges, aftales det ofte, i hvert fald i længerevarende opdrag, at rådgiveren fakturerer månedsvis, eventuelt (hvis ikke der betales for medgået tid) i form af acontohonorarer.

Visse rådgivere er i kraft af deres organisationstilknytning begrænset i adgangen til at fastsætte deres honorar for ydelsen, jf. til illustration *U 1978.933 H*, hvor en særlig honoraraftale betragtedes som en entrepriseaftale, der gav arkitekten – der ikke var bundet af forbuddene i kollegiale vedtagelser – ret til en opnået besparelse og *U 1992.277 H*, hvor arkitektens honorar blev fastsat i overensstemmelse med en udtalelse fra den pågældende organisation. Rådgiverens honorar varierer meget fra branche til branche og fra transaktion til transaktion. Pkt. 3.1. i ABR89 giver et illustrativt billede af denne righoldighed.

*Kollegiale
begrænsninger*

Ved fast honorar forstår ABR89 en mellem klienten og rådgiveren aftalt fast sum. Honoraret kan kun forlanges revideret, såfremt der sker ændringer i aftalens forudsætninger. En sådan aftale inciterer rådgiveren til at færdiggøre opgaven så hurtigt som muligt. Berør kvaliteten af rådgiverens arbejde på dettes

Fast honorar

intensitet, kan det være uheldigt således at incitere ham til at få det hurtigt overstået.

*Enheds-
honorering*

Honorar baseret på fysiske enheder fremkommer som et produkt af et enhedsbeløb og et antal fysiske enheder, f.eks. et antal opførte huse. Denne løsning kan være hensigtsmæssig, hvis parterne på forhånd kan overskue omfanget af den arbejdsopgave, der påløber ved hver enhed. Beløbet bør fastsættes, så rådgiveren på den ene side kompenseres for det ekstra arbejde, han typisk har med første enhed, men omvendt giver "rabat" for de efterfølgende, typisk mere rutineprægede, enheder.

Regningsarbejde

Honorar efter regning udregnes på grundlag af den tid, der er anvendt ("medgået") til opgavens løsning. I sådanne aftaler bør timesatsen (der eventuelt kan gradueres efter forskellige opgaveformer) anføres.

*Honorar efter
byggeudgift*

Endelig fremkommer honorar efter byggeudgift som en procentdel af byggeudgiften. Sådanne aftaler er problematiske, da de rummer et uhensigtsmæssigt incitament for rådgiveren til at få byggeudgiften i vejret.

I mange tilfælde vil parterne sammensætte rådgiverens honorar efter forskellige principper, f.eks. så den vanskeligt kontrollerbare bistand ved udarbejdelse af en redegørelse honoreres med et samlet beløb, mens bistand ved møder mv. honoreres efter tidsforbrug.

Rejsetid

Et særligt reguleringstema angår spørgsmålet om rådgiverens ret til at debitere honorar for *rejsetid*. Praksis på dette område er ikke entydig. En mellemløsning kan bestå i at give rådgiveren ret til at debitere sit tidsforbrug under "uproduktiv" rejsetid, dvs. under perioder, hvor han ikke har mulighed for at arbejde (f.eks. med læse- eller skrivearbejde).

Tilbudsbetaling

Rådgiveren er normalt ikke berettiget til honorar for at udarbejde overslag over omfanget af sit arbejde, jf. om denne problemstilling *Praktisk aftaleret*, s. 87 f., samt dommene i *U 1945.1090 H*, *U 1972.788 B*, *U 1981.874 V*, *U 1996.209 V* og *U 2002.1431 H*. Mener rådgiveren ikke, at han vil blive vederlagt tilstrækkeligt for sine budomkostninger ved *udsigten* til at få ordren, må han betinge sig ret til en sådan betaling ved særskilt aftale.

4.5.g. Særlige reguleringsområder

Enhver rådgivning bør have et fagligt grundlag. Dette grundlag består dels af rådgiverens forhåndsekspertise, dels af den viden, som rådgiveren indhenter til brug for opdraget. Hertil kommer de informationer, som kunden og dennes medarbejdere og leverandører afgiver. I mange tilfælde præsteres rådgivningen som led i en *projektorganisation*, hvor rådgiveren indgår sammen med andre rådgivere og repræsentanter for virksomheden. En sådan gruppe (kontaktgruppe, styregruppe) kan efter behov udstyres med en kompetence til at præcisere og tilrettelægge opdraget.

Ydelsens grundlag

Slægtskabet med andre tjenesteydelsesaftaler (herunder ansættelses- og direktøraftalerne) taler for at medtage nogle af de generelle vilkår i sådanne aftaler i rådgiveraftalen, f.eks. bestemmelser om *tavshedspligt* (hemmeligholdelse) og efter omstændighederne *konkurrenceklausuler*.

Almen regulering

Rådgiveren kan som udgangspunkt udøve tilbageholdsret i arbejdsresultatet, når kunden misligholder sin betalingspligt. Efter de almindelige regler herom beror tilbageholdsretten på, hvilken årsagsforbindelse der består mellem kravet og den hævdede tilbageholdsret (*konneksitet*). Uanset om rådgiveren selv har leveret det materiale, der er anvendt, kan han derfor som udgangspunkt hævde tilbageholdsret heri. Enkelte professioner har udviklet egne sædvaner herom, se f.eks. *Lars Bo Langsted, Paul Krüger Andersen & Lars Kiertzner: Revisoransvar*, 7. udgave (2008), s. 231 ff., om revisors ret til at tilbageholde regnskabsmateriale.

Tilbageholdsret

Resultaterer rådgivningen i information, der kan beskyttes efter immaterialretlige regler (f.eks. som ophavsret eller patentret), bør aftalen tage stilling til, i hvilket omfang kunden erhverver denne *immaterialret* eller i det mindste et antal immaterialretlige *beføjelser* knyttet hertil, jf. om denne sontring s. 414 ff. I denne aftaleregulering indebærer den egenskab ved immaterialrettigheder (som også gælder for andre informationsydelse), at “you can eat your cake and have it” (jf. herom s. 198), at parterne står med et utal af forskelligartede løsninger, f.eks. således at *både* rådgiveren *og* kunden kan tage del i retten. Det kan f.eks. aftales, at kunden kan disponere over frembringelsen på *nogle* måder (f.eks. ved at opnå en tidsubegrænset licens til at benytte immaterialretten til sin produktion) men ikke på *andre* (f.eks. ved at give underlicens til tredjeparter).

Immaterialrettigheder

Har aftalen ikke taget stilling til disse spørgsmål, vil domstolene søge hen imod et resultat, der må formodes at stemme med deres *typiske forudsætninger* for aftalen. En sådan forudsætningsbetragtning er lagt til grund i den principielle dom i *U 1978.901 H*, der antog, at en avis ikke erhvervede videre ophavsretlige beføjelser fra en ansat journalist end de, der var nødvendige for avisens *sædvanlige virksomhed*. Se tilsvarende *U 1982.926 Ø*, *U 1993.180 Ø* og *U 1994.349 H*. Den regel, der følger af den legale programlicens i OPHL § 36, stk. 1, nr. 1, se herom s. 438 f., indebærer med sit formålskriterium en regulering, der ikke ligger langt fra dette princip.

4.6. Mellemandsaftaler

4.6.a. Kendetegn

Formål og funktion

Når en virksomhed opnår en vis størrelse, er den nødt til at uddelegere opgaver til medarbejdere eller eksterne tjenesteydere. En sådan delegation giver også virksomheden mulighed for at inddrage sagkundskab i forhandlinger med tredjeparter eller benytte forhandlingsmellemlid, der er placeret tæt på tredjeparten. I sådanne tilfælde er der behov for at aftaleregulere relationen mellem virksomheden og den mellemand, der forestår forhandlingen. Er mellemanden *fuldmægtig*, må der udvises omhu med udformningen af fuldmagten. Som påpeget i *Praktisk aftaleret*, afsnit 3.4., kan mellemanden komme til at afgive information uden løftekarakter, der pådrager virksomheden forpligtelser. Blandt andet derfor er det kritisk for hovedmanden at kontrollere mellemandens retlige og faktiske optræden.

Betegnelse

En sådan kontrol kan forankres i en *mellemandsaftale*. Mellemandsretten beskæftiger sig ikke kun med aftaleindgåelse, men også med mellemandens forhandlinger og salgsarbejde mv. Mellemand kan enten være fuldmægtige, handelsagenter, handelsrejsende (repræsentanter), kommissionærer, formidlere (mæglere), bude eller "stråmænd". Opdragsgiveren betegnes som hovedmanden, sml. om den ældre terminologi *Ussing* (1946), s. 379 ff. og 322, og om nyere terminologi *Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemand*, 6. udg. (2012), s. 271 ff. En række af disse mellemandsforhold angår afsætningen af virksomhedens produktion.

I det følgende omtales normeringen af mellemmandens aftaleretlige kompetence. Kapitel 6 går herefter i dybden med de mellemmandstransaktioner, der tager sigte på markedsføring og afsætning.

Oversigtsmæssigt kan man sondre mellem mellemmandsforhold, hvor mellemmanden (1) skaber forpligtelser mellem *hovedmanden og tredjemand* (fuldmagt), hvor (2) pligterne skabes mellem *mellemmanden og tredjemand*, idet hovedmanden herefter friholder mellemmanden for de økonomiske følger heraf (kommission og konsignation), og hvor (3) mellemmanden kun *knytter en kontakt*, men i øvrigt ikke involverer sig i aftaledannelsen, idet han blot vederlægges for den heri liggende tjenesteydelse (agentur mv.). Ofte benyttes sådanne aftaler som grundlag for distribution af virksomhedens produkter. De retlige problemer i sådanne aftaleforhold behandles i kapitel 6, afsnit 6.3.

Selvom der er klare principielle grænser mellem disse forskellige figurer, har parterne aftalefrihed til at indbygge elementer fra de tre transaktioner i en og samme transaktion. Hvis en fuldmagt til at indgå aftale om salg betinges af, at hovedmanden ikke inden en bestemt frist træder tilbage, er hovedmandens risiko afgrænset på samme måde som i handelsagentur (hvis ellers han husker at gøre indsigelse). Omvendt kan det forekomme, at en handelsagent udstyres med en kompetence til at binde agentur-giveren, se HAL § 16. Det principielle valg af mellemmandstype bestemmer, hvilken baggrundsret der gælder, f.eks. i forholdet til kreditorer. Da reglerne i HAL på enkelte områder er beskyttelsespræceptive, se herom s. 367 f., er det helt afgørende, om en mellemmandstransaktion falder inden for denne lov.

4.6.b. Retsgrundlaget

Mellemmandsretten berører vidt forskelligartede regelgrundlag. I AFTL, KMSL og HAL findes en række *almene* regler om henholdsvis fuldmægtige, kommissionærer og handelsagenter mv. På grundlag af disse regler lader det sig gøre at udlede visse principper med gyldighed også for andre mellemmandsforhold. *Specielle* regler findes pletvis i en række enkeltlove, f.eks. i SL § 80, om kapitalejerens ret til at møde på generalforsamlingen ved fuldmægtig, samt i talrige procedureregler inden for den offentlige forvaltning og den civile retspleje. Dertil kommer endelig den

Oversigt

*Formueretlige
retsgrundlag*

indirekte regulering af mellemmandens forhold, der findes i regelsæt, der specifikt regulerer særlige mandatarforhold, f.eks. reglerne om værgens beføjelser og pligter og selskabsrettens regler om tegningsret og prokura.

Offentligretlige
retsgrundlag

Forvaltningsrettens og retsplejelovens procedureregler sætter visse grænser for, hvilke transaktioner der kan udøves ved mellemmand. Sådanne begrænsninger sikrer, at særligt kritiske beslutninger forankres hos hovedmanden. Omvendt findes der også regler, der af praktiske grunde understøtter brug af fuldmægtige. Således forudsætter de industrielle eneretslove, at udenlandske rettighedshavere er repræsenteret ved en lokal fuldmægtig, jf. som eksempel herpå patentlovens § 12.

4.6.c. Mellemandens opdrag og legitimation

Oversigt

Når en transaktion formidles via en mellemmand, opstår to retsforhold. Det *indre* forhold, der typisk etableres først, består mellem hovedmanden og mellemmanden. Det *ydre* forhold, der typisk defineres ved den efterfølgende disposition, og som derfor etableres senere, involverer tredjeparten og enten hovedmanden (ved fuldmagt, agentur og budforhold) eller mellemmanden. Disse to led i transaktionen hænger sammen, idet rammerne for det ydre forhold i en eller anden forstand vil være fastsat i det indre forhold.

Det indre
forhold

I det indre forhold afstikker hovedmanden rammerne for mellemmandens opdrag. Ved fuldmagt tildeles mellemmanden kompetence til at disponere. Denne kompetence kan beskrives lige så nuanceret som den ydelse, som aftalen i det ydre forhold omhandler. Herom henvises til *Praktisk aftaleret*, kapitel 6. Med risikoen for, at dispositionen forpligter hovedmanden uønsket (enten over for tredjemand eller mellemmand), må hovedmanden afgrænse kompetencen på en måde, så han beskyttes mod uønskede økonomiske konsekvenser, samtidig med at mellemmanden opnår den fornødne fleksibilitet i forhandlingen.

Materiel
afgrænsning

Mellemandens råderum kan for det første afgrænses *materielt* med henvisninger til selve den disposition, mellemmanden skal træffe, f.eks. i relation til valg af aftalepart, varetype, pris og leveringsvilkår. Afgrænsningen kan være helt præcis (f.eks. en tinglysningsfuldmagt til at tinglyse et skøde) eller ganske ubestemt (f.eks. en “generalfuldmagt”).

Tilknyttes mellemmanden på grund af en særlig ekspertise, der gør ham særligt egnet til at slutte transaktionen, bør han udstyres med en rummelig kompetence hertil. Hovedmanden kan her være tilstrækkeligt sikret ved et *beløbsmaksimum* i det indre forhold. Men ofte tilsiger selve den tillid, hvervet bygger på, at der ikke er behov for sådanne klausuler. Klientens procesfuldmagt til *advokaten* angiver f.eks. ikke, hvilke nærmere processkridt mv. advokaten skal foretage.

Også praktiske grunde kan tale for brede bemyndigelser. Begrundelsen for at afgive en *generalfuldmagt* kan f.eks. være, at hovedmanden på grund af sygdom eller bortrejse er afskåret fra at disponere, eller at han af praktiske grunde ikke ønsker at gøre det. Specifikke begrænsninger af en sådan fuldmagt vil tvinge hovedmanden til at "være til stede" i forbindelse med disse enkelt-dispositioner.

Mellemmandens kompetence kan også afgrænses *formelt*, dvs. i henseende til den procedure, han skal følge ved aftaleindgåelsen (uanset aftalens vilkår). Herigennem kan hovedmanden sikres *indseende* med transaktionen. F.eks. kan mellemmandens fuldmagt gøres betinget af, at tredjemand inden bestemte *tidsfrister* giver hovedmanden meddelelse om indgåede aftaler. Den besværlige mortifikationsprocedure i medfør af AFTL § 17 kan undgås, hvis fuldmagten tidsbegrænses, jf. s. 270.

Det ydre forhold angår den pligt, mellemmandens dispositioner påfører hovedmanden. I det ydre forhold må parterne først og fremmest afklare, om mellemmanden skal udstyres med en aftaleretlig legitimation (dvs. en fuldmagt) til umiddelbart at binde hovedmanden, jf. herom i afsnit 4.6.f. En sådan legitimation opstår, når tredjemand som følge af hovedmandens signal til denne må vide, at mellemeleddets dispositioner vil skabe pligter for hovedmanden. I den aftaleretlige terminologi siger man, at en sådan legitimation har *særlig tilværelse*. I et dokument, der har særlig tilværelse over for en kommende løftemodtager, afsender hovedmanden en meddelelse til denne, hvori hovedmanden angiver, hvornår og hvordan fuldmægtigen kan forpligte ham i den retning.

Det vil ofte volde tvivl, om et dokument har denne karakter. Ikke enhver meddelelse fra hovedmanden til mellemmanden udstyrer mellemmanden med en *fuldmagt*, og ikke ethvert fuld-

*Formel
afgrænsning*

Det ydre forhold

*Særlig
tilværelse?*

magtsdokument udstyrer fuldmagten med *særlig tilværelse*. Dokumentet kan f.eks. blot gengive den erklæring til fuldmægtigen, der etablerer en fuldmagt i medfør af AFTL § 18. Fuldmægtigens fordel ved et dokument med særlig tilværelse ligger i, at besiddelsen af dokumentet (i original; en fotokopi heraf vil derfor ikke være tilstrækkelig) sikrer, at dispositionen forpligter fuldmagts-giver, jf. AFTL § 16, stk. 1, og dermed frigør fuldmægtigen for det tilnærmelsesvis objektive ansvar i medfør af AFTL § 25. For at præcisere, at et fuldmagtsdokument “anses bestemt til at være i hans besiddelse og at forevises for tredjemand”, jf. AFTL § 16, kan man udtrykkeligt henvise til denne bestemmelse. Indføjelser af ordet “Fuldmagt” eller en angivelse af, at dokumentet stiles “til rette vedkommende” (eng.: “*To whom it may concern*”) har i almindelighed samme virkning.

Tidsgrænser

Medmindre mellemandens virke udspringer af et fast samarbejdsforhold, bør hans kompetence som udgangspunkt *tidsbegrænses*. Ud over den sikkerhed, hovedmanden opnår mod misbrug, der falder efter samarbejdsforholdets afslutning, rummer tidsbegrænsningen en selvdestruktion af den underliggende kompetence. Tidsbegrænsninger må knytte sig til bestemte kriterier, f.eks. en bestemt, identificerbar hændelse, eller en dato.

4.6.d. Mellemandens vederlag

*Beregnings-
principper*

Hvis ikke mellemanden disponerer for egen regning, bør hans vederlag fastlægges. Vederlaget bør *incitere* mellemanden til at disponere i hovedmandens interesse. Dermed reduceres et dilemma, der består i, at mellemedet ellers vil kunne favorisere egne interesser (herunder magelighed). I den økonomiske teori omtales dette forhold som *the principal-agent problem*. Problemet kan f.eks. reduceres ved, at man beregner mellemandens vederlag i forhold til det opnåede resultat. Foruden incitamentet til dermed at optimere vederlaget, til begges fordel, vil en sådan betaling også kunne kompensere mellemanden for sine værdi-afhængige omkostninger ved transaktionen, f.eks. til forsikring. Ikke alle transaktioner egner sig for en sådan vederlæggelse. Forventes mellemedet at sikre, at hovedmanden er repræsenteret ved den højeste ekspertise under en forhandling (som f.eks. klientens fuldmagt til sin advokat, eller en kapitalejers fuldmagt til deltagelse på en generalforsamling), kan det være mere nærlig-

gende at beregne mellemmandens i forhold til den medgåede tid. Mellemløber kan også forekomme. F.eks. kan det aftales, at mellemmandens *timebetaling* beror på størrelsen af de involverede *værdier*, på opdragets *udfald* og på den *hurtighed*, hvormed mellemmanden præsterer sin ydelse.

En meget effektiv incitamentsmodel indebærer, at mellemløber det alene aflønnes ud fra succeskriterier, f.eks. ud fra princippet *no cure, no pay*. En sådan model påfører mellemmanden en risiko for ikke at modtage betaling, hvis transaktionen trods en betydelig arbejdsindsats ikke lykkes. Modellen forudsætter, at der kan defineres en målbar *egenskab* ved den heldigt gennemførte transaktion, som udløser betalingspligten, f.eks. (1) når tredjeemand *betaler* beløbet til hovedmanden, (2) når aftalen bliver *endelig*, eller (3) når mellemmanden fremskaffer et *bindende tilbud*. Vælges den sidste model, bør hovedmanden sørge for klart at beskrive de indholdsmæssige krav til det bindende tilbud. F.eks. vil man ofte undtage tilbud, der hidrører fra parter, som hovedmanden – bevisligt – allerede har haft kontakt med (se f.eks. situationen i *U 2011.1857V*), eller som optræder på en særskilt udfærdiget fortegnelse. Ligeledes kan man undtage tilbud fra parter, som ikke opfylder de kriterier, hovedmanden har opstillet for potentielle aftaleparter.

No cure, no pay

Når mellemmandens vederlag beregnes som en provision, har mellemmanden en berettiget interesse i at sikre sig kontrol med, at provisionen udregnes korrekt. Problemerne herom er omtalt i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.6.b. Se til illustration den detaljerede regulering i HAL § 15.

Kontrol

Som nærmere udviklet i afsnit 6.3., har den person, der virker for afsætningen af en vare, en interesse i at høste værdien af det ofte langvarige og tålmodighedskrævende arbejde, der skal til for at overbevise en aftalepart om det hensigtsmæssige i at indgå en aftale. I aftaler med faste distributører har dette, som nærmere anført s. 363 ff., ført til regler i lovgivning og domspraksis, der sikrer forhandlere en vis godtgørelse ved opsigelse for den *goodwill*, de har opbygget til glæde for hovedmanden. Tilsvarende principper kan indbygges i aftaler om mellemmandsforhold, der først honorerer mellemmanden, når indsatsen er afsluttet.

Godtgørelse ved ophør

Ifølge HAL § 25 har handelsagenten krav på en godtgørelse ved agenturaftalens ophør, hvis og i det omfang 1) agenten har skaffet agenturgiveren nye kunder eller en betydelig udvidelse af handelen med den bestående kundekreds, og forbindelsen med disse kunder fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele, og 2) betaling af godtgørelse er rimelig under hensyn til samtlige omstændigheder, herunder navnlig agentens tab af provision af aftale med disse kunder. Lignende principper kan efter omstændighederne også udfylde retsforhold uden for HAL's område. Se generelt hertil i afsnit 6.3.e. og *Jørgen Lykkegaard: Handelsagentloven med kommentarer*, 2. udg. (2014), s. 168 ff., og *Jan-Åke Nyström: Kontraktbrott vid agentur- och återförsäljaravtal*, Fjärde upplagen (2010).

4.6.e. Særlige reguleringsområder

*Interesse-
konflikter og
selvindtræde*

Ved *selvindtræde* gør mellemanden sig selv til part i den aftale, han på hovedmandens vegne skulle indgå med en tredjemand, i stedet for at identificere en tredjemand. Hvis mellemanden har fået i opdrag at sælge bedst muligt, vil et selvindtræde uvægerligt rejse spørgsmålet om, hvis interesser han egentlig varetager. Således fastslår DCFR IV.D. – 5:101, stk. 1, at “[t]he representative may not become the principal’s counterparty to the prospective contract”, idet stk. 2 angiver de tilfælde, hvor der kan gøres undtagelse herfra (herunder ved aftale eller samtykke). Ifølge KMSL § 40, der nok også må læses som udtryk for baggrundsrettens udgangspunkt i andre mellemandsopdrag, kan kommissionæren kun “når aftale, handelsbrug eller anden sædvane giver ham ret dertil, udføre hvervet ved at indtræde som køber eller sælger for egen regning”. Findes der intet sådant grundlag, er selvindtræde forbudt. Lovens efterfølgende bestemmelser – der til dels er præceptive – regulerer retsstillingen i relation til kommissionærens oplysningspligt samt vederlagskravet.

Uden for kommissionsforhold må mellemandens adgang til selvindtræde bero på transaktionens karakter. Jo mindre sikkerhed, der er om pris og vilkår, og jo mere mellemandens arbejde beror på hans særlige kvalifikationer, desto mere problematisk vil det være at anerkende et selvindtræde. Er mellemandsforholdet derimod praktisk begrundet og klart afgrænset, kan en ret til selvindtræde være helt uproblematisk. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis en advokat, der har fuldmagt til at sælge et værdipapir til en bestemt – af parterne fastlagt – kurs, vælger selv at indtræde som køber. Et sådant selvindtræde må dog forudsætte,

at der er sikkerhed for kursen. Har advokaten ret til selvindræde, kan han ikke rådgive objektivt om dette spørgsmål.

En særlig lovregulering af adgangen til selvindræde foreligger med § 23, stk. 1, i ejendomsmæglerloven. Hvis en ejer, en ansat eller en person med tilsvarende tilknytning til en ejendomsformidlingsvirksomhed ønsker at erhverve en ejendom, som virksomheden har til opdrag at sælge, følger det af denne bestemmelse, at virksomheden skriftligt skal (1) opsiges formidlingsaftalen, (2) frasige sig ethvert vederlag og (3) oplyse sælger om mulighed for at søge anden bistand.

Ser man bort fra rent rutineprægede arbejdsopgaver, f.eks. kasseekspeditioner i et supermarked, volder udførelsen af mellemmandens opdrag ofte tvivl om mellemmandens råderum til at disponere. Denne tvivl vil normalt blive afklaret i en dialog mellem hovedmanden og mellemmanden, der typisk indledes, når mellemmandsforholdet etableres, og fortsætter under dets udførelse. En aftaleforhandling kan udvikle sig markant anderledes end forventet og dermed forrykke forudsætningerne for mellemmandsopdraget. Ligeledes kan hovedmanden i den interne instruks til mellemmanden betinge sig at skulle give samtykke til den enkelte transaktion, selv om dette signal ikke er afgivet i fuldmagtsdokumentet til tredjemand. Klarhed om disse afgørende kommunikationsforløb kan ikke alene understøtte transaktionen, men også modvirke retlige uoverensstemmelser om, hvorvidt mellemmandens opdrag har været varetaget korrekt. Se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.3. Blandt reguleringstemaerne er betydningen af og risikoen for forvanskning af meddelelser i forholdet mellem hovedmand og mellemmand, retten til – og virkningerne af – tilbagekaldelse samt reklamationspligt.

Er mellemmanden tilknyttet på grund af sin særlige ekspertise, kan der være et praktisk behov for – og sjældent principielle indvendinger mod – at give ham adgang til at lade sig *substituere*, f.eks. af en medarbejder. Dermed opstår der en slags mellemmandsforhold i anden potens. Om en sådan løsning er hensigtsmæssig, beror på mellemmandsforholdets art og parternes forudsætninger. Mellemmandens særlige ekspertise kan indicere, at hovedmanden har ønsket, at denne specifikke mellemmand skulle forestå opgaven. Er mellemmanden udvalgt af rent praktiske grunde, vil han som regel kunne lade sig substituere af en anden,

Kommunikation

Substitutionsret

der besidder samme praktiske egenskaber. En sådan ret er sædvanlig i *skiftefuldmagter* til advokater og i *generalfuldmagter*, der etableres som led i formueadministration. En substitutionsadgang kan dog være problematisk, hvis mellemmanden forventes at præstere en personlig bistand, f.eks. en advokats udførelse af en retssag. Her er hovedreglen, at advokaten kun kan lade sig substituere efter særlig aftale med klienten, se hertil *Advokatretten*, s. 523 ff., og bemærkningerne ovenfor s. 262 f. om rådgiverens adgang til at lade sig substituere.

Regnskab

Indebærer mellemmandens opdrag en økonomisk bistandsydelse, bør aftalen pålægge ham at aflægge regnskab. En sådan pligt er påkrævet i tilfælde, hvor mellemmanden råder over hovedmandens midler (enten ved at have fået et beløb betroet, eller ved at have fået dispositionsret over et kontantbeløb eller kreditfaciliteter). Den lovgivning, der regulerer forskellige typer af rådgivere, der forventes at oppebære midler fra klienten, søger på forskellige måder at sikre kunderne mod at lide tab ved sådanne deponeringer mv. som følge af underslæb, insolvens el.lign. Ifølge § 20, stk. 2, i *lov om forsikringsformidling* skal en forsikringsmæglervirksomhed uden ophold indsætte betroede midler på en særlig klientkonto og etablere behørig sikkerhed for disse midler. § 2, stk. 6, i *lov om juridisk rådgivning* forbyder ligefrem rådgiveren at modtage betroede midler fra kunden eller på kundens vegne. Ifølge § 19 i *ejendomsrådgiverloven* skal en ejendomsformidlingsvirksomhed stille behørig sikkerhed for opfyldelsen af ethvert pengekrav, som en forbruger måtte få mod virksomheden som led i virksomhedens udførelse af opgaver efter denne lov. Nærmere regler herom er givet ved bekendtgørelse nr. 1537 af 9. december 2015.

Andre særlige pligter

Selvom aftalen inciterer mellemmanden til at fuldføre sit hverv i overensstemmelse med hovedmandens interesser, bør aftalen præcisere de særlige opgaver, som hovedmanden ønsker udført, f.eks. markedsføringshandlinger (annoncering mv.), særlige former for rådgivning eller videregivelse af bestemte oplysninger til hovedmanden.

4.6.f. Særligt om fuldmagt

En fuldmagt fra fuldmagtsgiveren A til fuldmægtigen B skaber en aftaleretlig *kompetence* for B til inden for fuldmagtens grænser

Problemstillingen

at disponere, som om han var A. Udøvelsen af denne aftaleretlige kompetence er fuldmagtens omdrejningspunkt og definatoriske kendetegn. En viljeseerklæring, der giver B *tilladelse* til at gøre noget *faktisk* på A's vegne (f.eks. hente et brev på posthuset eller logge ind på en lukket database), er altså ikke en "fuldmagt" i aftaleretlig forstand, hvis ikke den suppleres med en kompetence til forpligte A. At fuldmagtsterminologien ofte også benyttes her, må tilskrives almen sædvanedannelse. Det vil fremgå af fuldmagtens indhold og formål, om den kompetence, der tildeles fuldmægtigen, både omfatter aktive handlinger og, jf. AFTL § 26, "retshandler, som foretages over for ham" (f.eks. reklamationer, opsigelser og lignende).

Koncipering af fuldmagtserklæringer behandles generelt i afsnit 4.6.c. om mellemmandens opdrag og legitimation. Som her anført bør fuldmagtsgiver for det første tage stilling til, om fuldmagten skal tildeles "*særlig tilværelse*". I praksis sker det ved, at fuldmagten udtrykkes i et dokument, der kan vises frem for tredjemand som dokumentation for fuldmægtigens aftaleretlige kompetence. Hermed vil fuldmægtigen på den ene side opnå sikkerhed for, at han ikke selv hænger på det løfte, han afgiver, jf. AFTL § 25, hvis det skulle vise sig, at fuldmagten ikke længere var gældende. På den anden side kan et skriftligt fuldmagtsdokument afsløre hovedmandens overvejelser om, hvilken pris han er parat til at betale – hvilket kan være taktisk uhensigtsmæssigt i aftaleforhandlingen. Problemet er ikke løst ved at benytte flere fuldmagtsdokumenter med hver deres maksimum, da flere legitimationer vil være lige så vidtgående som den mest vidtgående legitimation. Om koncipering af den kompetencetildeling, der ligger i fuldmagten, se *Praktisk aftaleret*, afsnit 4.1.e.

4.7. Management og formueforvaltning

4.7.a. Formueforvaltning

At bestyre en formue kan være en udfordring for den, der enten ikke har den fornødne indsigt i de relevante økonomiske og forretningsmæssige forhold, eller som blot af praktiske grunde – f.eks. svagelighed eller fravær – er afskåret fra selv at gøre det. Omvendt er denne form for opgavevaretagelse i mange henseender enkel at definere, og vederlaget tilsvarende standardpræ-

Formål og funktion

get – f.eks. beregnet som 2-5 % af bruttoindtægten. Ydelsens resultat viser sig nu engang, når formuen gøres op efter hvervets afslutning.

Retlig figur

En aftale om formueforhandling må først og fremmest tage stilling til, hvilken mellemmandsstatus formueforvalteren skal have. Da formueforvaltningen indebærer retlige dispositioner, bør formueforvalteren udstyres med en *fuldmagt*. Den kan eventuelt afgrænses, så den omfatter bestemte typer af aktiver. Dernæst kan det være nødvendigt at præcisere, hvilke *principper* formueforvaltningen skal underlægges, f.eks. i relation til risikoprofil. Sådanne bestemmelser kan f.eks. få betydning i en erstatningsretlig vurdering af, om forvalteren har udført sit arbejde forsvarligt. Ved konciperingen af denne del af aftalen kan koncipisten i øvrigt søge en vis inspiration i de regler, der gælder om *værgemål*, se herved bekendtgørelse nr. 1444 af 13. december 2013 om værgemål.

En række *pengeinstitutter* udbyder formueforvaltningsydelser i særlige fonds- og forvaltningsafdelinger. Pengeinstituttet handler som udgangspunkt kun efter kundens ordrer – stående eller individuelle – men understøtter gerne kundens ordreafgivelse ved rådgivning om konsekvenserne af forskellige investeringsmuligheder. Behovet for at aftaleregulere den slags aftaleforhold ud over den regulering, der følger af pengeinstituttets almindelige forretningsvilkår, er minimalt.

4.7.b. Kunstnermanagement

Karakteristik

Når efterspørgslen efter en udøvende kunstners præstation når et vist omfang, kan han have behov for personlig rådgivning, herunder om juridiske og forretningsmæssige forhold ved aftaleindgåelse, strategisk planlægning og investering mv. Kunstneren er da blevet en forretning, som der er behov for at styre i henseende til bl.a. *produktion* (hvilke engagementer påtages, og hvornår?), *markedsføring* (identifikation af markeder, afgrænsning af sponsoraftaler, der kan være nyttige og konsistente med den valgte stil, og fastlæggelse af interviews, der vil give bredest og mest effektiv eksponering) og *afsætning* (bookning og aftaleindgåelse mv.). I en sådan forretning kan der være behov for en “*manager*”, der disponerer på kunstnerens vegne i disse forretningsmæssige anliggender. Et tilsvarende behov kan opstå hos modeller og elitesportsudøvere.

I den danske musikverden er der ikke udbredt tradition for at indgå sådanne aftaler. Forretningsmæssige beslutninger træffes typisk i et samarbejde mellem kunstneren og dennes musikselskab eller bookingbureau. Da både musikselskab og bookingbureau har særlige interesser i, at kunstnerens aktiviteter understøtter de aktiviteter, de hver har erhvervet rettigheder til (musiksalg, henholdsvis koncertaktiviteter), vil kunstneren ikke modtage nogen objektiv rådgivning herfra. Undertiden, men langt fra altid, bistås kunstneren af sin interesseorganisation (f.eks. Dansk Musiker Forbund), advokat eller revisor.

Aftalepraksis

Aftalepraksis er anderledes uden for Danmark. I Storbritannien og USA er det helt normalt, at succesfulde kunstnere har personlige managers. Denne anderledes praksis skyldes næppe kun de typisk større markeder (og tilsvarende store indtjeningsmuligheder), men beror formentlig på dybtliggende kulturforskelle. Visse amerikanske stater har indført regler om “artist managers” i deres *Labor Codes*. Den slags regler findes ikke i dansk ret. Den internationale brancheorganisation International Music Managers Forum (se <www.immf.com>) har bl.a. vedtaget et antal “mission statements”, der søger at hævde etikken i sådanne aftaler.

Aftaler om kunstnermanagement er fra fødslen problemfyldte. Ønsket om kunsterisk frihed vil ofte stride mod forretningsmæssige hensyn. Derfor gælder det for både kunstner og manager om at afveje de forretningsmæssige hensyn med de kunstneriske. Denne afvejning bør foretages fra starten, hvor parterne må afklare, om de er kompatible, se herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.2.

Konflikttrisikoen

Et centralt omdrejningspunkt i en aftale om kunstnermanagement angår managerens eventuelle fuldmagt til at disponere på kunstnerens vegne. Manageren vil for det første ønske at kunne disponere eksklusivt (dvs. uden at kunstneren lader andre rådgivere få et tilsvarende mandat), og denne eksklusivitet vil han normalt ønske at råde over globalt. For at give manageren slagkraft i sine forhandlinger bør kunstneren give manageren eksklusiv fuldmagt i alle væsentlige spørgsmål inden for aftalens område.

Mandatet

En aftale om kunstnermanagement indeholder både elementer af rådgivning og salg. I beskrivelsen af selve ydelsen kan der navnlig hentes inspiration i aftaler om rådgivning (se herom af-

Vederlæggelse

snit 4.5.). Når det gælder den aftaleretlige regulering af managerens salgsarbejde, og herunder om vederlæggelsen herfor, kan der søges inspiration i aftaler om afsætning, se herved afsnit 6.1.d. Sædvanligvis vederlægges manager med en provision beregnet som en procentdel af kunstnerens indtægter. Størrelsen af denne provision beror på en forhandling, der bl.a. inddrager indtægtsforventningerne. Ifølge *Johan Schlüter* m.fl. (2006), s. 163, ligger niveauet omkring 20 %. Det kan eventuelt aftales, at honoraret afpasses efter indtægternes karakter, f.eks. således at der betales én procentdel for koncertindtægter, en anden for indtægter ved musiksalg og en tredje for reklameindtægter.

Opsigelsesvarsel

Kunstneren har en interesse i med forholdsvis kort varsel at kunne bringe aftalen med sin manager til ophør, hvis samarbejdet ikke fungerer. Almindeligvis indgås aftaler om management for en periode af minimum to år, men med mulighed for opsigelse med kort varsel, se *Johan Schlüter* m.fl. (2006), s. 156. I perioden efter en opsigelse har manageren interesse i at oppebære en andel de indtægter, der udgør frugterne af hans indsats, og som måske netop først viser sig længe efter, at indsatsen er præsteret (nemlig når kunstneren opnår succes). Balancen mellem disse hensyn kan opnås ved at give manager en andel af kunstnerens indtægter i en periode efter opsigelsen. Ved aftalens ophør udfases den aftalte procentbetaling typisk, f.eks. så den nedsættes til halvdelen to år efter aftalens ophør og bortfalder helt efter yderligere et antal år, se sst. s. 165.

360 graders-aftaler

Med det vigende marked for musiksalg foretrækker stadigt flere musikselskaber at overtage retten til at arrangere (og oppebære en del af vederlaget for) koncerter. Gennem såkaldte "360 graders-aftaler" afgiver kunstneren sine rettigheder til musikindspilninger, samtidig med at han stiller sig til rådighed for koncertarrangementer. Indtægterne fra begge disse kilder indgår herefter i den samlede økonomi, der ligger til grund for musikselskabets beslutning om at "signe" (dvs. indgå aftale med) artisten. En sådan aftale vil også indeholde et element af management, men løser ikke det ledelsesbehov, som udgør den væsentligste ingrediens i en aftale om kunstnermanagement.

5.1. Fællesproblemer

5.1.a. Kendetegn

Enhver virksomhed må *besidde* et produktionsapparat eller ved aftale skaffe sig *adgang* til det. Produktionsapparatet kan bestå af fast ejendom, maskiner, skibe, fly, tekniske anlæg, inventar og it-systemer. Anskaffelsen kan ske ved køb, entreprise, leje eller leasing. Som alternativ til at anskaffe sig produktionsapparatet kan virksomheden tilknytte en leverandør, der i stedet for at levere produktionsapparatet kan præstere et *produktionsresultat*.

Problemstillingen

Dette kapitel behandler de aftaler, der understøtter denne produktion eller dette produktionsapparat. Med udgangspunkt i graden af den usikkerhed, der på forhånd råder om parternes behovsopfyldelse, kan man sondre mellem tre slags transaktioner:

Den *første* gruppe omfatter det produktionsapparat, der *kendetegner* virksomheden (f.eks. trykkerianlægget til et trykkeri) eller som i øvrigt er *let at overskue* og benytte (f.eks. fotokopimaskinen i en kontorvirksomhed). Når både leverandøren og kunden (virksomheden) kender produktionsapparatet og dets teknik, kan det tekniske personale hos aftalens respektive parter forholdsvis enkelt specificere udstyret, dets installation og anvendelse. Har branchen ligefrem praksis for at benytte standardaftaler på området, kan behovet for juridisk bistand i konciperingen være begrænset.

Kendt produktionsudstyr

Den *anden* gruppe omfatter det produktionsudstyr, der bygger på en for erhververen ukendt teknik. Hertil hører f.eks. særlige (og ofte lovpåkrævede) apparater til miljøforbedring, avanceret kontorudstyr, it-systemer og klimaanlæg mv. Kunden er her *novice*. Han har behov for vejledning såvel ved aftalens indgåelse som under dens opfyldelse. For at få de informationer, der er nødvendige for at købe rigtigt ind, og for efterfølgende at benytte det indkøbte korrekt, må kunden i en eller anden forstand om-

Ukendt udstyr

stille sig. Den heraf følgende forandringsproces volder risici for misforståelser og skuffelser. Transaktionens retlige regulering og risikoafdækning bliver derfor betydningsfuld.

Ydre rammer

En *tredje* produktionsaftale angår de ydre rammer for produktionsanlægget, dvs. virksomhedens tekniske anlæg (herunder til el og ventilation) og ejendomme. Her finder vi de aftaler, der angår overdragelse og benyttelse af industrigrunde, produktionsområder, faste ejendomme og inventar. Den slags transaktioner befinder sig midt imellem de to forrige: På den ene side kan de ikke undgå at forandre kundens virksomhed. På den anden side har de forandrede forhold kun indirekte betydning for virksomhedens drift.

Tjenesteydelser

Endelig kan virksomheden for det *fjerde* tænkes at lægge selve produktionen hos underleverandører. I denne bogs systematik må en sådan medvirken til produktionsprocessen enten rubriceres som en ikke-personlig *tjenesteydelse*, jf. bemærkningerne herom i afsnit 4.1.a., eller som salg af *ingredienser*. Afhængigt af ydelsens karakter finder man her aftaler om lønarbejde samt visse aftaler om service, vedligeholdelse og *facility management*.

Reguleringsbehov

Inden for hver af disse fire grupper kan der være stor forskel på transaktionens økonomiske størrelse, tidsmæssige udstrækning og risici, og dermed også på, hvordan den bør aftalereguleres, f.eks. i henseende til rettigheder, finansiering, sikring, forsikring og garantier. Hvor holdbarheden af en aftale, hvorved centrale dele af virksomhedens produktion outsources til et tredjeland, er afgørende for virksomhedens eksistens og derfor fremkalder et højt reguleringsbehov, vil en aftale om indretning af en kantine kunne håndteres mere rutinemæssigt.

5.1.b. Retsgrundlaget

Der findes ingen generel *formueretlig* lovgivning om levering af produktionsudstyr og om udførelse af et produktionsresultat. Derimod findes der talrige *offentligretlige* forskrifter om brugen af forskellige tekniske indretninger, herunder farligt produktionsudstyr. En central regulering foreligger her med EU's såkaldte maskindirektiv (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/42/EF af 17. maj 2006 om maskiner mv.), der er implementeret ved bekendtgørelse nr. 593 af 10. juni 2013 om indretning mv. af maskiner.

Direktivet bygger på en generalklausul (jf. § 4, stk. 1, i bekendtgørelsen), hvorefter maskiner mv. kun må bringes i omsætning, gøres tilgængelige på markedet eller ibrugtages, hvis de ikke udgør en risiko for personers sikkerhed og sundhed, og i givet fald for husdyr, formuegoder og for miljøet, hvis de installeres og vedligeholdes på passende vis og anvendes til den forudsatte anvendelse eller under forhold, der med rimelighed kan forudses.

Baggrundsrettens nærmeste retskildegrundlag for aftaler om overdragelse af produktionsudstyr er *købeloven*. Loven gælder umiddelbart ved levering af løsøre. Ved bestillingskøb uden for forbrugerkøb gælder loven dog kun, såfremt den overvejende del af de for fremstillingen nødvendige materialer skal ydes af den, der har påtaget sig fremstillingen, jf. KBL § 2, stk. 1. Loven gælder ikke for opførelse af bygning eller andet anlæg på fast ejendom, jf. § 2, stk. 2. Derimod gælder loven for overdragelse af kompliceret udstyr, men her vil parterne have behov for at fravige dens regler på grund af de strikse regler om genusansvar i lovens §§ 43 og 24. Disse regler er for det første kontroversielle (se herved diskussionen hos *Nørager-Nielsen* m.fl. (2008), s. 381 ff.). Dertil kommer, at de ikke tager højde for de særlige forhold, som gør sig gældende i komplicerede transaktioner med forskelligartede ydelser. Som det ofte er sagt, er loven skrevet med sigte på de handelsforhold, der var gældende ved begyndelsen af det 20. århundrede, og som var kendetegnet ved successive transaktioner om ensartede ydelser mellem producent-, grossist- og detailed. I næsten enhver henseende adskiller transaktioner om produktionsudstyr sig fra dette billede. Endnu vanskeligere er det at anvende loven, når den pågældende ydelse fremstår som information, se hertil afsnit 5.4.b.

KBL

At KBL gælder for en aftale, har flere håndgribelige konsekvenser: For det første *forældes* mangelskrav to år efter genstandens overgivelse, jf. § 54. For det andet gælder i forbrugerkøb en række *ufravigelige* regler. For det tredje indeholder loven en række håndfaste retsvirkninger om fuld erstatning ved *erstatningsansvar*. Disse retsvirkninger vil navnlig leverandørsiden ofte ønske at undgå. Derfor må aftaleparterne have klarhed om, hvorvidt deres transaktion falder inden for KBL eller ikke.

Problemet er velkendt i entrepriseretten, hvor KBL i mangel af særlig aftale kan tænkes at regulere materialeleverancerne. Se nærmere til den entrepriseretlige diskussion *Nørager-Nielsen m.fl.* (2008), s. 85, *Hørlyck* (2014), s. 24 f., om det it-retlige problem *IT-retten*, afsnit 20.2.b., og om lovens betydning for offshore-aftaler, *Askheim m.fl.* (1983), s. 81 ff.

Særligt om informationsprodukter

KBL gælder ikke for *information*, der kan overdrages som sådan (dvs. uden samtidig overdragelse af et medie, som informationen er integreret i). Dette skyldes, at loven tager sigte på løsere, der kan overdrages og tages tilbage i overensstemmelse med lovens regler om levering og ophævelse mv. “Køb” af et råd eller en databasesøgning falder f.eks. udenfor. Bl.a. derfor volder det ofte tvivl, om loven omfatter edb-programmel, der overdrages som sådant, f.eks. leveret via en internetopkobling. Se for en nærmere diskussion heraf, *IT-retten*, afsnit 20.2., *Henrik Udsen: IT-kontraktret* (2014), s. 405 ff., og *Kim Frost: Informationsydelsen* (2002).

Diskussion

Der findes ingen domspraksis, der klart tager stilling til, om KBL gælder for rene informationsprodukter. Det må formentlig antages, at KBL *gælder* for færdige, overdragelige *informationsprodukter* (f.eks. standardprogrammel), der enten er *integreret* i et overdrageligt fysisk medie (hvorved det kan leveres og tages tilbage som fysiske produkter), eller som i kraft af en ophavsretlig *slutbrugerlicens* kan gøres til genstand for en sådan overgivelse og tilbagesøgelse. Er der derimod tale om information, der indgår i et samspil med brugeren på samme måde som oplysninger i en bog (f.eks. en informationsdatabase), og som eksisterer uafhængigt af medier og licensbegrænsninger, taler meget for at behandle programmel på samme måde som andre informationsprodukter (f.eks. et sagkyndigt råd). Denne sammenligning begrundes da, at KBL ikke finder anvendelse. I konsekvens heraf vil standardprogrammel i *public domain* (dvs. som ikke er beskyttet af nogen immaterialrettigheder), *ikke* reguleres af KBL. Derimod vil KBL omfatte programprodukter, der overdrages i henhold til de udfyldende regler om *eksemplarlicens*, der findes i OPHL § 36, stk. 1.

5.1.c. Aftalepraksis

På grund af den uskarpe baggrundsret har en række brancher udviklet en *formularret*, der *de facto* fungerer som regelgrundlag for branchens transaktioner.

Aftaler om entrepriser, der ofte regulerer betydelige økonomiske værdier og risikoforhold, baseres hovedsageligt på retsregler udviklet på grundlag af AB92 og til dels ABR89, se hertil betænkning 1246/1993, s. 13 f.

Entreprise

It-branchen har gradvis udviklet et lignende regelsæt. Siden midten af 1980'erne har man her anvendt forskellige standardkontrakter – først efter modeller koncipieret af Kammeradvokaten (kaldet, K17, K18 og K33) og siden 2004 efter forhandlinger, der har involveret branchens organisationer og berørte ministerier (kaldet K01, K02 og K03). Nærmere herom i afsnit 5.4.c.

K01 og K02

Med standardkontrakten ABSERVICE 2003 – *Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser* (april 2003), foreligger en standardaftale for udbud og tilbud på serviceområdet (dvs. komplekse tjenesteydelser i form af driftsopgaver for offentlige myndigheder mv.). Der er ikke tale om et fuldstændigt *agreed document*, jf. forbeholdene i rapporten s. 10. Da de nævnte forbehold (herunder om *force majeure* og om medarbejderes retsstilling ved udlicitering) imidlertid kun angår enkelte dele i dokumentet, er det for de fleste formål rimeligt at *side stille* dokumentet med et *agreed document*.

Serviceområdet

Talrige brancher (f.eks. nicheområder inden for den elektroniske industri) har ikke opbygget tilsvarende formularregler. Årsagen hertil kan enten ligge i deres størrelse og traditioner eller i retsforholdenes særlige forhold. På områder, hvor leverandør og kunde er kompatible (“skabt for hinanden”, sml. bemærkningerne i *Praktisk aftaleret*, s. 45 ff.), kan parternes overblik over transaktionens usikkerheder være så indgående, at reguleringsbehovet er beskedent. Er der derimod tale om “ukendt” produktionsudstyr, stiger usikkerhederne, og transaktionen må planlægges nøje og eventuelt inddrage ekstern rådgiverbistand, jf. hertil afsnit 4.5.

At offentlige myndigheder har medvirket til at opbygge standardaftaler til brug for mere kostbare anskaffelser, skyldes bl.a. de EU-retlige udbudsregler, se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.3.i., som de er udmøntet i *udbudsloven*, lov nr. 1565 af 15.

Udbudsreglernes betydning

december 2015. Udgangspunktet er her, at aftaler om ydelser med en forventet købesum over visse tærskelværdier, jf. herom lovens §§ 6-9, alene kan indgås efter et *offentligt udbud* (licitation), hvorefter den ordregivende myndighed accepterer det mest favorable af de indkomne tilbud. Som udgangspunkt kan der ikke forhandles om aftalens vilkår efter buddet. Aftalen må derfor være “klar til accept” på licitationstidspunktet.

5.1.d. Leverandørens ydelse

Problemstillingen

Transaktioner om levering af kompliceret produktionsudstyr, der skal udvikles eller tilpasses som led i aftaleopfyldelsen, rummer en risiko for, at parterne går galt af hinanden, så leverandørens indsats ikke stemmer med kundens forventninger. Dette forhold gør sig gældende i både entreprisaftaler, it-aftaler og i aftaler om levering af kompliceret maskineri. Omfanget af denne risiko beror på, hvorledes parterne har beskrevet ydelsen, jf. generelt bemærkningerne i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.2.a. Nogle centrale sondringsgrundlag skal dog trækkes frem:

Indsats- eller resultatforpligtelse?

En central sondring, der har relevans for ydelser, der indebærer et element af *forandring*, går for det første på, om leverandøren skal præstere en *resultatforpligtelse*, hvor ydelsen først er præsteret, når de aftalte egenskaber er opnået, eller om det rækker alene at præstere en god og forsvarlig indsats (*indsatsforpligtelse*), hvor ydelsen anses for præsteret uanset resultatet af anstrengelserne. Mange ydelser, f.eks. systemudvikling, reparation og vedligeholdelse, kan præsteres på begge måder. Hvor kunden i sagens natur vil foretrække at modtage en *resultatforpligtelse* (hvor leverandøren bærer risikoen for, at de efterspurgte egenskaber præsteres), vil leverandøren foretrække alene at skulle præstere en *indsatsforpligtelse* (hvor det rækker at præstere sin “bedst mulige” indsats, uanset om det tilsigtede resultat nås).

Funktion eller betegnelse?

En anden sondring, der knytter sig til selve det *produkt*, der skal præsteres, angår leverandørens valgfrihed mellem forskellige typer af produkter. Beskrives produktet efter sin *betegnelse*, f.eks. en komponent mrk. XYZ, er det enkelt at konstatere, om det er præsteret korrekt. Til gengæld risikerer kunden, at det leverede ikke opfylder hans behov: Hvad skal han f.eks. stille op med XYZ-komponenten, hvis ikke den passer i kundens system? Beskrives ydelsen omvendt efter *funktion* (f.eks. som den komponent

i systemet, der tilgodeser en ønsket funktionalitet), tager leverandøren risikoen for, at produktet kan opfylde kundens behov. Se nærmere om denne systemtænkning s. 316.

Som grundlag for et udviklingsarbejde vil der ofte foreligge en *teknisk behovsopgørelse*, der er udviklet af kunden, enten med bistand af de medarbejdere hos denne, der skal betjene eller vedligeholde udstyret, eller med bistand fra rådgivere (se herom afsnit 4.5.). I en enkel leverance kan behovsopgørelsen anvendes som selve beskrivelsen af leverandørens ydelse. Er der flere veje til resultatet – med og uden lette genveje – må behovsopgørelsen suppleres med en *leverancebeskrivelse*, der forklarer, hvordan leverandøren vil opfylde behovsopgørelsen. Heri vil der bl.a. være taget stilling til, hvordan det leverede kan udbygges og vedligeholdes, hvilke tekniske komponenter det bygger på, og ikke mindst, hvilken pris og hvilke leveringsterminer der vil gælde. Systembeskrivelsen udarbejdes enten inden aftaleindgåelsen eller som første leverance blandt flere.

Behovsopgørelse

Er udstyret allerede udviklet, vil dets funktioner typisk være beskrevet i en *teknisk dokumentation* med tilhørende *brugervejledning*. Foreligger denne dokumentation allerede ved aftaleindgåelsen, kan den understøtte ydelsesbeskrivelsen. Det kan være praktisk at gøre, når ydelsen er beskrevet efter *betegnelse*, eller når den beskrives efter *funktioner*, som kunden har fuldt overblik over. Men den er mindre velegnet, hvis aftalen angår særlige funktioner, som ikke reflekteres i dokumentationen.

Dokumentation mv.

En produktionsproces vil ofte baseres på råstoffer, halvfabrikata og andre ingredienser. Aftalen må da sikre, at der både på kort og langt sigt er mulighed for at erhverve sådanne ingredienser. Skal leverandøren af produktionsudstyret også levere særlige råstoffer mv., bør denne deltransaktion betragtes med samme alvor som en selvstændig transaktion om det pågældende materiale. For det første må det sikres, at leverandøren kan forsyne kunden i nødvendigt omfang. For det andet må kvaliteten sikres. AB92 § 10, stk. 2, 2. pkt., begrænser sig f.eks. til at foreskrive, at materialer – for så vidt disses beskaffenhed ikke er anført – skal være af “sædvanlig god kvalitet”.

Råstoffer og halvfabrikata

5.1.e. Betalingsforpligtelsen

Vederlaget for en produktionsydelse, hvis karakter og omfang er kendt på aftaletidspunktet, giver som regel kun anledning til diskussion om *vederlaget størrelse* i aftaleforhandlingen. Uanset om der er tale om en *indsats-* eller en *resultatforpligtelse*, kan vederlaget udmåles som et fast beløb eller som betaling for medgået leverandørtid og råvarer (såkaldt *time and material*-betaling), der betales efter regning.

Betalingsforpligtelsen kan give anledning til vanskeligheder, når der kontraheres om en *resultatforpligtelse*, hvis omfang ikke er kendt på forhånd, og når kunden ikke ønsker at tage risikoen for, at den samlede betaling kommer over et vist *maksimum*. Offentlige myndigheder, der opererer under faste budgetgrænser, vil ofte ønske at *fikser* eller *maksimere* deres samlede betaling og dermed lade leverandøren tage risikoen for de ikke-kalkulerede ekstraomkostninger, når leverancen kompliceres uventet. Risikoen for sådanne uventede forhold kan fordeles med vilkår om *ændringshåndtering*, se hertil generelt *Praktisk aftaleret*, afsnit 7.5. og straks nedenfor. En anden variant er at indbygge *prøveforløb* i aftalen. Se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.2.e.

5.1.f. Ændringshåndtering

Problemet

Som nærmere udviklet i *Praktisk aftaleret*, afsnit 7.5., kan aftalparter have behov for at tilpasse deres aftalegrundlag til efterfølgende forhold – f.eks. når der under et *byggeri* viser sig uventede vanskeligheder med funderingen, eller når der opstår uforudsete problemer i en it-systemudvikling.

Forebyggelse

Har man at gøre med en sådan transaktion, gælder det om at *identificere*, *reducere* og *fordele* de relevante risici på forhånd og dermed få overblik over alle de retlige og faktiske faktorer, der kan spænde ben for transaktionen. Dette arbejde kan udføres som led i en *kvalitetssikring* (se *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.2.b.). Ligeledes kan specifikke vilkår om *afleveringsprøve* (se hertil straks nedenfor i afsnit 5.1.g.) sikre et opfyldelsesforløb, hvor parterne hele vejen gennem opfyldelsesforløbet har fokus på ydelsens kvaliteter.

Når en risiko er kendt, kan den *fordeles* mellem parterne. Dette kan enten ske gennem *garantier*, hvor risikoen lægges hos leverandøren (se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.4.), eller ved *an-*

svarsfraskrivelse, hvor den lægges hos kunden (se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 8.6.c.). Ønsker ingen af parterne at påtage sig en risiko, kan det være relevant at lægge den hos en tredjepart ved *forsikring* eller ved at gøre den til en særskilt betalbar ydelse, f.eks. gennem vedligholdelsesordninger (jf. herom nedenfor afsnit 5.5.).

Som anført i *Praktisk aftaleret*, afsnit 7.5., kan regler om ændringshåndtering for det første bygge på kundens *ensidige diktat* i form af en *ændringsordre*, som pålægger leverandøren at præstere den beordrede ydelse. I så fald kan der opstå en usikkerhed om vederlaget, som kan henskydes til afgørelse hos en uvildig tredjepart. Den såkaldt *agile metode*, der ligger til grund for K03 (se hertil *Praktisk aftaleret*, s. 376), forudsætter ligefrem, at parterne gennemfører ændringer undervejs, enten som forudsatte tilpasninger eller som egentlige ændringer.

En anden variant består i at indbygge vilkår om *genforhandling*. Et sådant vilkår rummer blot en risiko for, at parterne ikke bliver enige, hvorved den endelige stillingtagen også må henskydes til en tredjepart. Se nærmere om genforhandling, *Praktisk aftaleret*, afsnit 7.5.c.

En tredje variant er at lade transaktionen basere på en *løse aftalestruktur*, f.eks. gennem en aftale om *partnering*, se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 7.5.c. Idéen er her, at aftalen på forhånd lader en række centrale vilkår henstå uafklarede, idet aftalen til gengæld indfører nogle mekanismer, der tvinger parterne til at nå til enighed, når disse spørgsmål opstår. Se hertil *Christina D. Tvarnø* i U 2003B, s. 366 ff., i U 2011B, s. 129 ff., og i Kim Østergaard m.fl. (red.): *Rets- og kontraktøkonomi – en antologi* (2016), s. 13 ff.

Både K01, K02 og K03 foreskriver en særlig *afklaringsfase* (i K03 kalder “afklarings- og planlægningsfase”) med henblik på yderligere afstemning mellem kundens behov og leverandørens løsning, se herved pkt. 5.1 i K02. Fasen er indbygget i tidsplanen og omfatter alle de ydelser, der skal leveres, med særlig vægt på selve leverancen. Formålet er at give *leverandøren* indsigt i kundens behov, forretningsgange og it-miljø og at give *kunden* indsigt i leverandørens løsningsforslag med henblik på at kunne foretage en yderligere konkretisering af (særligt) leverancens indhold og formål, jf. K02 pkt. 5.1.1, stk. 2. På grundlag af afklaringsfasen skal leverandøren fremkomme med forslag til ændring af den

Ændrings-
håndtering

Afklaringsfase

leverancebeskrivelse, hvorved leverancen nærmere beskrives. Den aftalerevision, der herefter kan komme på tale, kan resultere i ændringer i såvel aftalevilkår, bilag (herunder de ydelser, der præsteres) og pris. Ifølge aftalen resulterer forløbet i en “tilrettet kravspecifikation”, som herefter lægges til grund for aftalen. Opnås en sådan enighed ikke, har kunden ret til at træde tilbage fra aftalen (udtrædelsesadgang), jf. K02 pkt. 5.1.2. For at gøre det betaler kunden et vederlag til leverandøren, der er fastsat i et bilag (bilag 12) til aftalen. Se nærmere hertil *Kim Frost* i ET 2015, s. 273 ff.

5.1.g. Aflevering

Begreb

Kompliceret produktionsudstyr præsteres ikke ved levering, men ved “aflevering”. En *levering* indebærer, at køberen får ydelsen i hånden, eventuelt ved forsendelse eller ved, at sælgeren tilslutter det ledningsanlæg, hvorfra ydelsen kan forbruges. En *aflevering* indebærer i tillæg hertil en afprøvning, hvor leverandøren beviser, at det leverede fungerer som lovet. Et sådant bevis er nødvendigt, hvis der kan være en rent teknisk baseret usikkerhed herom, hvilket ofte er tilfældet med byggeri og it. Typisk markerer en gennemført aflevering det tidspunkt, hvor køberen får glæde af ydelsen. Dette tidspunkt anvendes derfor bl.a. som tidspunktet for risikoens overgang (jf. herom s. 292) og som begyndelsestidspunkt for beregning af *frister* for reklamationer og garantier. Når det leverede afprøves på den måde, har parterne deres fulde opmærksomhed rettet mod dets kvaliteter og svagheder. Det giver en naturlig tilskyndelse til at gøre opmærksom på, at kvaliteten er – eller ikke er – som aftalt, sml. princippet i KBL § 51.

Prototyping mv.

Angår aftalen en produktions*proces*, vil det sjældent være relevant at aftale afleveringsforretning, da det jo er produktions*resultatet*, der tæller. Derimod kan aftalen regulere den forudgående produktions*proces*, f.eks. ved at pålægge producenten at sikre sig kundens/bestillerens godkendelse af en *produktionsprøve*. En anden mulighed er at udvikle en såkaldt *prototype* (ved programudvikling, ofte verbaliseret med ordspilsverbet “prototyping”). En prototype er et eksemplar af det færdige produkt, der *nogenlunde* viser, hvordan det endelige produkt vil se ud, men som ikke er beregnet til at gå i færdig produktion. Gennem *prototyping* kan

man strukturere opfyldelsesprocessen i faser. Angår produktionsaftalen et plasticemne, som skal produceres i stort antal, kan en *første fase* danne grundlaget for, at en prototype af produktionsapparatet (i eksemplet et sprøjtestøbeværktøj) bringes til veje. I næste fase forfines værktøjet, indtil de producerede emner opfylder kundens krav. Tredje fase kan så angå den endelige produktion af emnet.

På grund af afleveringsprøvens betydning for præstationstidspunktet og mangelsbeføjelsen må prøveforløbet detailreguleres. Først og fremmest bør parterne lægge en *formel* køreplan for, hvad de hver for sig skal gøre, og på hvilke tidspunkter. Forløbet må knyttes sammen med de *materielle* aftalevilkår, der præciserer kravene til systemet. Ofte kender parterne først de endelige krav til det leverede, når udviklingsprocessen nærmer sig sin afslutning. Derfor bør arbejdet med at forberede testmateriale til afleveringsprøven henlægges til de koordinations- eller styregrupper, der har haft projektansvaret.

Tilrettelæggelse

En forholdsvis rudimentær regulering af afleveringshandlingen findes i NL92, bl.a. fordi sælgeren her ikke skal montere det leverede hos køberen. Ifølge NL92 pkt. 5 skal der kun afholdelse *leveringsprøve*, hvis dette er aftalt. Prøven skal i givet fald udføres, hvor materiellet fremstilles (hvilket i sig selv udelukker en afestning i kundens produktionsmiljø), medmindre andet sted er aftalt. I mangel af særlig aftale om kravene til den, skal prøven i øvrigt udføres “i overensstemmelse med sædvane i den pågældende industri i det land, hvori materiellet fremstilles”.

En afleveringsprøve kan bestå af flere delprøver.

I AB92 er de almindelige regler om aflevering (§§ 28-29) suppleret med regler om 1-års- og 5-årseftersyn, jf. §§ 37-39. Proceduren hænger sammen med det ansvar for mangler påvist efter afleveringen, som entreprenøren bærer i medfør af AB92 § 32. Eftersynet afholdes efter en formel indkaldelse, og parterne skal føre en særlig *eftersynsprotokol*, der underskrives af bygherren og entreprenøren, jf. § 39. Denne procedure hænger igen sammen med, at mangler ved *byggeri* typisk indtræder efter en vis tid, f. eks. når en bygning har været udsat for en periodes fysiske påvirkninger. Til forskel herfra er det kendetegnende for *it-systemer*, at den tilsagte funktion i enhver henseende kan tilvejebringes ved

AB92

afleveringen, når systemet afprøves på en bestemt måde. Derfor har it-aftaler detaljerede krav til afleveringsprøven.

K02

K02 etablerer fem prøver – en fabriksprøve, en installationsprøve, en delleveranceprøve, en overtagelsesprøve og en driftsprøve, jf. nærmere pkt. 8. Formålet med *fabriksprøven* og *installationsprøven* er at sikre, at programmel (dvs. software), udstyr og dokumentation er som aftalt og dermed parat til påbegyndelse af delleveranceprøve. Herved kan man klare de tekniske detaljer, der ofte dukker op som småproblemer, når systemets komponenter skal forbindes i det samlede system, inden man går i gang med at teste systemet på det udvalgte datamateriale. Formålet med *delleveranceprøven* er primært at konstatere, om den aftalte funktionalitet og dokumentation i delleverancen opfylder aftalens krav. Der gennemføres delleverance for hver fase. Formålet med den endelige *overtagelsesprøve* er at konstatere, om den aftalte funktionalitet for leverancen og dokumentation som helhed opfylder de aftalte krav. Er leverancen opdelt i faser, omfatter overtagelsesprøven den sidste delleverance. Den sidste prøve er en ren *driftsprøve*, der tager sigte på at måle servicemål i kundens normale driftssituation.

Jo mere detaljerede regler parterne skriver for afleveringshandlingen, desto væsentligere er det, at de tilrettelægger og gennemfører den korrekt. Ofte vil det være hensigtsmæssigt at gennemføre en slags *generalprøve* på nogle nøglepunkter i en kompliceret aflevering. Ved entrepriser foretages ofte en uformel mangels gennemgang før den egentlige afleveringsforretning.

*Dokumentation
for prøveforløbet*

Uanset gennemførelsesformen må der sikres bevis for forløbet af afleveringsprøven. Dette sker mest praktisk ved, at parterne fører rapport om dens udfald, se AB92 § 29 (afleveringsprotokol) og § 39, stk. 2 (eftersynsprotokol), NL92 pkt. 6, stk. 2, og K18 pkt. 12.1, sidste stk. Parterne bør tage stilling til, hvem der skal føre denne protokol. Dette spørgsmål kan enten være fastsat i aftalen eller henskudt til afgørelse i den projektgruppe, der tilrettelægger afleveringsprøven. Antegnelser om registrerede fejl bør påtegnes af begge parter. Involverer afleveringsprøven en *driftsprøve*, hvorunder leverancen anvendes i brugerens virksomhed gennem en nærmere fastlagt periode, bør brugeren føre logbog under hele driftsprøvens forløb. Da bevissikringen sker hos brugeren, bør aftalen indbygge en kontrolforanstaltning, der sikrer

leverandøren ret til at komme til stede hos brugeren og ved selv-syn konstatere de rapporterede fejl. En sådan kontrolordning kan eventuelt kombineres med en pligt for brugeren til at underrette leverandøren om opståede fejl (en underretning, som brugeren alligevel vil skulle give, hvis leverandøren forudsættes at afhjælpe de pågældende fejl).

Udfaldet af en afleveringsprøve kan være forbundet med forskellige typer af retsvirkninger. *Bestås* prøven, har leverandøren præsteret korrekt ydelse (dvs. i mangelfri stand og til tiden). I forløbet op til afleveringsprøven finpudses leverancen. Om en fejl befinder sig over eller under en aftalt tålegrænse, kan være vanskelig at præcisere i aftalen. Sådanne spørgsmål håndteres mere effektivt i den relevante projektgruppe under deltagelse af repræsentanter for begge parter.

Retsvirkninger

Afholdes der ikke aftalt afleveringsprøve, og tages udstyret ikke i brug, må hovedreglen være, at det ikke anses for afleveret. Kundens pligt til at betale indtræder da heller ikke, ligesom leverandøren fortsat er forpligtet til at præstere.

Brugerens godkendelse af en afleveringsprøve bør ikke afskære mangelskrav, der har rod i forhold, som ikke blev eller burde være afsløret. *Om* forholdet *blev* opdaget, kan efterfølgende give anledning til tvivl. Også for at undgå denne tvivl bør parterne føre logbog, jf. nærmere nedenfor, ligesom de bør opbevare det testmateriale, der blev anvendt ved afleveringsprøven.

Vanskeligere er det at afgøre, om en fejl *burde være* opdaget, jf. princippet i KBL § 47. Er der tale om teknisk udstyr, som kunden ikke er fortrolig med, og som heller ikke hans rådgiver burde kende, vil kunden formentlig kunne rejse mangelskrav, som ikke blev afsløret ved afleveringsprøven. Burde kundens rådgiver have opdaget manglen, bortfalder retten til at rejse indsigelser som udgangspunkt, jf. f.eks. *U 1960.41 H*, hvor en huskøber, der ved købet havde været ledsaget af arkitekt, ikke kunne påberåbe sig mangler ved det solgte, som arkitekten burde have set.

Afleveringsprøven vil typisk afdække et antal større eller mindre fejl. Fejl, der ikke umiddelbart kan rettes, indebærer ikke nødvendigvis, at prøven ikke anses for bestået. Ved aflevering af it-systemer er det almindeligt *foreløbigt* at se bort fra funktionsfejl, som ikke hindrer en meningsfuld udnyttelse af systemet. Systemet anses altså som leveret, selv om der foreligger sådanne fejl, hvis

Forløbet efter prøven

leverandøren retter dem inden for en kortere periode, f.eks. 2 eller 4 uger. Efter udløbet af en sådan frist vil fejlen udgøre en mangel, der kan udløse andre misligholdelsesvirkninger.

Risikoovergang

Afleveringen er det tidspunkt, hvor leverandøren slipper sit tag i ydelsen, og hvor brugeren tilsvarende tager over. Derfor er tidspunktet et nærliggende skæringspunkt for risikoovergang, jf. f.eks. AB92 § 12, stk. 1. Denne løsning føles dog ikke altid rimelig. Som påpeget af *Hørlyck* (2014), s. 174 f., med litteraturhenvisninger, vil det ofte føles mere rimeligt, at bygherrens faktiske *ibrugtagning* markerer tidspunktet for risikoovergangen. Problemet opstår i de (ikke sjældent forekommende) tilfælde, hvor kunden tager det leverede i brug, inden det er afleveret. Da kunden her har langt bedre mulighed end leverandøren for at modvirke de risici, der kan true ydelsen, kan det forekomme mere afbalanceret at aftale, at risikoen for undergang og beskadigelse går over, når det leverede materiale er kommet under køberens rådighed. Se ligeledes *Vagner* (2005), s. 92 ff., og *Kim Frost* i ET 2016, s. 119 ff.

Det hænder, at selv kostbart og kompliceret udstyr overtages og ibrugtages af kunden uden afleveringsprøve, selvom en sådan er aftalt, sml. herved forudsætningen i NL92, pkt. 5. Ofte må kundens fravalg af afleveringsforretning fortolkes som et afkald på mangelsbeføjelser, jf. *U 2011.639 SH*. I sådanne tilfælde må man falde tilbage på løsøre købsreglerne og antage, at risikoen gik over på leveringstidspunktet, jf. KBL § 17, stk. 1, jf. §§ 9-11. Bevisrisikoen for, at der foreligger mangler, må i en sådan situation i alle tilfælde påhvile den kunde, der selv har fravalgt afleveringsprøven.

5.1.h. Andre almene forpligtelser

Biforpligtelser

Jo mere kompleks en ydelse er, desto mere beror dens anvendelighed for kunden på leverandørens bistand ved tilpasning, installation, uddannelse og vedligeholdelse. Pligten til at yde en sådan bistand kan ligefrem påhvile leverandøren i medfør af almindelige aftaleretlige regler, sml. *U 1985.334 H*, der i en bedømmelse af aftalens bortfald som følge af bristende forudsætninger lod det gå ud over leverandøren, at denne ikke havde afklaret det tilbudte it-systems tjenlighed for kunden. Når ydelsens værdi for kunden beror på leverandørens tillægsydelser, må der indgås aftale, f.eks.

en vedligeholdelsesaftale, jf. afsnit 5.5, eller en aftale om rådgivning, jf. afsnit 4.5.

Leverandørens oplysningspligt beror på rollefordelingen mellem parterne. Har kunden antaget en rådgiver, kan leverandøren normalt regne med, at rådgiveren søger de forhold oplyst, som har særlig betydning for kunden. Påtager leverandøren sig *de facto* en rådgivningsfunktion for kunden (således som situationen var i den førnævnte *U 1985.334 H*), skærpes hans oplysningspligt tilsvarende.

Et særligt problem opstår, når oplysningspligten omfatter leverandørens *erhvervshemmeligheder* (jf. om dette begreb nedenfor i afsnit 7.3.j.). Dette skisma er navnlig fremtrædende i aftaler om højteknologisk udstyr, der leveres til få kunder. Her vil dokumentation og manualer kunne afsløre den know-how, der er anvendt i produktet, og dermed indeholde erhvervshemmeligheder, som der indgås udtrykkelig aftale om (*non disclosure agreement*). Problemet har også en konkurrencemæssig side: Jo mere leverandøren orienterer kunden om udstyrets tekniske sammensætning og funktionalitet, desto bedre kan kunden klare sig *uden* leverandøren – og jo bedre muligheder har han dermed for ligefrem at plagiere leverandørens produkt og dets reservedele.

Aftaler om levering af produktionsudstyr vil normalt indeholde vilkår om *voldgiftsbehandling*. Gennem denne metode til konfliktløsning kan parterne for det første sikre sig, at uenighed afgøres af en instans med teknisk forståelse. For det andet vil en voldgiftsbehandling kunne afsluttes langt hurtigere end en civil retssag. Og for det tredje vil en voldgiftsbehandling kunne understøtte parternes ønske om at hemmeligholde transaktionen. En effektiv – men også uforudsigelig – løsning på parternes behov for en hurtig bevismæssig afklaring af en teknisk uenighed kan opnås gennem en klausul om *bindende konstatering*. En sådan er indbygget i de statslige it-kontrakter, K33, K18, K01 og K02 (men *ikke* i K03): Såfremt der er uenighed om, hvorvidt kravene til driftseffektivitet, svartider eller servicemål er opfyldt, og parterne ikke har kunnet løse uenigheden ved at løfte forhandlingen op i deres organisation, kan hver af parterne anmode Det Danske Voldgiftsinstitut om at udmelde en uvildig sagkyndig, der afgør spørgsmålet endeligt og bindende for begge parter. Tvister om fortolkning og andre juridiske spørgsmål kan ikke afgøres af

*Oplysnings-
pligtens grænser*

Konfliktløsning

den sagkyndige. Den sagkyndige træffer afgørelse om fordelingen af sit honorar på parterne under hensyntagen til afgørelsens udfald.

5.2. Outsourcing

5.2.a. Begreb

Baggrund

En produktionsproces består af et antal delprocesser, som ofte lige så effektivt kunne fordeles mellem flere virksomheder, som så hver for sig producerer sin del af det færdige produkt. Et sådant samarbejde kan indgå i en *joint venture* (se herom afsnit 2.7.), hvor parterne i fællesskab opbygger en aktivitet, der står for en fælles opgavevaretagelse, eller som led i en *strategisk alliance* (se hertil afsnit 8.2.), hvor hver af parterne påtager sig sin del af produktionen.

Ofte vil virksomheden se sin fordel ved at henlægge en del af sin *produktionsproces* eller *administration* hos en underleverandør: Produktionen har måske endnu et så begrænset omfang, at det ikke svarer sig at anskaffe det fornødne produktionsudstyr. Design og produktion af så forskellige komponenter som halvlederchips, proteiner, reservedele og emballage henlægges hyppigt til underleverandører, ligesom processer som f.eks. anti-korrosionsbehandling, galvanisering, kemisk plettering, overfladebehandling, boring og fræsning ofte lægges ud til eksterne bistandsydere. Årsagen hertil kan også ligge i, at virksomhedens eget produktionsapparat er udnyttet fuldt ud, mens underleverandøren har ledig kapacitet. Helt samme overvejelser gør sig gældende vedrørende virksomhedens administrative processer, f.eks. transporthåndtering eller debitorbogholderi. I alle tilfælde kan virksomheden tænkes at se en fordel i at koncentrere indsatsen om de dele af produktionen, hvor den har særlig kompetence, og overlade de mere rutinemæssige dele til andre. Hvis dele af produktionen kan placeres i områder med lavere omkostningerne til arbejdskraft, kan omkostningselementet også spille ind.

Kendetegn

Samfundets specialisering og globalisering har gjort sådanne former for *outsourcing* stadigt mere udbredte. I sit sproglige udspring (jf. præfikset *out*) benyttes begrebet outsourcing om tilfælde, hvor virksomheden *tidligere* selv har produceret de dele af sin produktion, som den indkøber hos underleverandører. I dag

benyttes begrebet bredere til at beskrive den globale arbejdsdeling mellem de højt udviklede industrinationer og de mindre industrialiserede lande med lavere arbejdsomkostninger. Man taler da om “international outsourcing”.

I det følgende behandles to typer af produktionsaftaler. Under 5.2.b. omtales først aftaler om outsourcing af produktion (også kaldet lønarbejde), og under 5.2.c. administrativ outsourcing.

5.2.b. Produktionsoutsourcing

Outsourcing af fysisk (i modsætning til administrativ og it-baseret) produktion indebærer, at en *kundevirksomhed* overlader det til en *bearbejder* at producere en delmængde af kundens produkt (f.eks. en knap eller noget embellage), eller at tilpasse produktet for herefter at returnere det til kunden. Ofte betegnes den slags bearbejdnings som “lønarbejde”, hvilket egentlig er misvisende, eftersom “løn” almindeligvis betegner det vederlag, der præsteres i ansættelsesforhold (hvilket notorisk ikke foreligger). I engelsk terminologi taler man om *contract manufacturing*. Litteraturen herom er beskeden. Se bl.a. *Arendorff* (1990), s. 78 ff.

Lønarbejde

De kontrakter, der indgås om produktionsoutsourcing, håndteres ofte af teknisk personale hos de respektive aftaleparter, der benytter sig af standardformularer. Fra *ORGALIME* foreligger et sæt “General Conditions for Series Processing (ORGALIME SP 99)”, der omhandler lønarbejde vedrørende større produktionsserier. Dette regelsæt anvendes f.eks., når en producent lægger enkelte opgaver (f.eks. overfladebehandling) ud i lønarbejde. Ligeledes har *ORGALIME* udsendt et sæt “General Conditions for the Manufacture and Supply of Specially Manufactured Products (ORGALIME SC 06)”. Disse vilkår er dog ikke konciperet med sigte på lønarbejde. De anvendes, når en underleverandør leverer komponenter specielt tilpasset efter køberens specifikationer, således at komponenterne kan indpasses i køberens produkt. *ORGALIME SC 06* tager navnlig sigte på leverancer af støbte eller smedede komponenter.

Visse industrier gør udstrakt brug af lønarbejde. Et praktisk eksempel er produktion af de plastemner, der indgår i talrige industriprodukter (f.eks. knapper, paneler, kasser, kabinetter, hanke, holdere, rammer etc.). Sådanne emner frembringes ved hjælp af sprøjtstøbeværktøjer, der fungerer som *form* for plastic-

Plastindustrien

emnerne. Når værktøjet fødes med flydende plastmateriale, flyder materialet ned i formen og danner dermed emnerne. Plastmaterialet størkner i værktøjet, dette åbnes, og det færdige emne frigøres. En sådan transaktion forudsætter, at kunden (produktionsvirksomheden) for det første indgår aftale om levering af *sprøjttestøbeværktøjet*, typisk hos en værktøjsmager. For det andet må der indgås aftale med en plastvirksomhed, der råder over det produktionsudstyr, der føder sprøjttestøbeværktøjet med plastmateriale.

Betaling

Betalingen i henhold til lønarbejde sker enten pr. styk bearbejdet emne, efter samlet tilbud eller – sjældnere – efter medgået tidsforbrug. På grund af bearbejderens faste omkostninger igangsættes produktionen normalt kun med et minimumskvantum.

Tekniske forudsætninger

En aftale om lønarbejde må præcisere de *tekniske forudsætninger* for bearbejdningsopgaven og *resultatet* af bearbejdningen. Bearbejderen må kende grundmaterialets egenskaber, og der må opnås enighed om de tolerancer (se herom *Praktisk aftaleret*, s. 290), som emnerne skal overholde. Disse krav vil typisk fremgå af et *bilag* til aftalen. Bearbejderens muligheder for at levere kundens forventede tolerancer beror både på kvaliteten af emnet og på kvaliteten af det værktøj, det produceres med. Dette samspil rejser et særligt behov for at aftaleregulere *grundlaget* for bearbejdningen. Et andet væsentligt tema er tålegrænsen for det *spild*, der kan accepteres ved arbejdets udførelse. Pkt. 24 i ORGALIME SP 99 fastslår her, at en *waste tolerance* (dvs. materialespild i forhold til færdigproducerede enheder) på “2 pieces per 100 in each individual delivery” er acceptabel.

Kontrolforanstaltninger

Baseres produktionen på lønarbejde, bliver bearbejderen reelt en del af kundevirksomheden. Derfor har kunden behov for at besigtige og *kontrollere* leverandørens aftestningsfaciliteter, jf. udtrykkeligt pkt. 25 i ORGALIME SP 99. I tillæg hertil giver aftalen nærmere regler om acceptance tests, se herom pkt. 26-29. Se i øvrigt om kontrolforanstaltninger *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.6.b.

Aflevering

Angår aftalen en kendt og rutinepræget produktionsproces, er det sjældent nødvendigt at *aflevere* resultatet. Derimod må et *leveringstidspunkt* vedtages. Udgør lønarbejdet en flaskehals i producentens (kundens) produktionsproces, må der sættes klare tidsfrister, og disse tidsfrister må sanktioneres med skelen til

parternes økonomiske interesser i rigtig opfyldelse, f.eks. med en adgang til ophævelse ved forsinkelse kombineret med erstatningspligt eller dagbøder. Som i andre produktionsaftaler må bearbejderen efterkomme sin pligt til tabsbegrænsning ved at give meddelelse til kunden, når han indser, at han ikke kan overholde en tidsfrist.

Har kunden ret til at ophæve bearbejdningsaftalen, må konsekvenserne af en ophævelse afklares. Tilhører værktøjet kundevirksomheden, bør bearbejderen fraskrive sig adgang til at udøve tilbageholdsret heri til sikkerhed for krav, der bestrides af kunden. Det kræver sjældent megen fantasi at “opfinde” et modkrav i anledning af, at en kunde ophæver en aftale på et grundlag, man bestrider. Kan der tilbageholdes under påberåbelse af sådanne krav, bliver ophævelsesmuligheden illusorisk, da kunden ikke vil kunne fremskaffe et tilsvarende værktøj inden for den kritiske tidsramme, der netop begrundede ophævelsen. Bearbejdes der på grundlag af bearbejderens værktøj, kan det være i begge parter interesse, at kunden opnår en *købsret* (eller måske såvel en ret som en pligt) til at erhverve dette værktøj for en på forhånd fastsat købesum, der tager højde for værktøjets alder og slitage, når købsretten gøres gældende.

Tilbageholdsret

I forbindelse med lønarbejde vil parterne udveksle et antal fortlørlige oplysninger. Pkt. 4, stk. 1, i ORGALIME SP 99 pålægger her kunden senest 15 kalenderdage efter aftalens indgåelse at forsyne bearbejderen med de tekniske dokumenter og informationer mv., der er nødvendige for at kunne udføre bearbejdningen.

Vidensdeling

Aftaler om produktionsoutsourcing vil altid pålægge parterne pligt til *hemmeligholdelse*, se hertil pkt. 6 i ORGALIME SP 99. Mulighederne for at hemmeligholde information om produktet er i sagens natur begrænsede, når det bearbejdede produkt er på vej ud på et åbent marked. Generalklausulen i MFL § 1 indeholder kun en vis beskyttelse mod plagiat muliggjort ved misbrug af den slags produktionsinformation, se f.eks. *U 1959.965 SH*, der fandt en bearbejders benyttelse af et værktøj, der var fremstillet til brug for en kunde, “uredelig” efter den dagældende affattelse af generalklausulen, idet benyttelsen indebar en urimelig konkurrence over for kunden.

Undertiden er kundens interesser ikke tilstrækkeligt sikret med

Ekklusivitet

en hemmeligholdelsespligt. Kunden ønsker større sikkerhed for, at der ikke tilflyder andre af bearbejderens kunder informationer om kundens produktionsproces. Dette hensyn kan varetages ved, at bearbejderen afstår fra at indgå aftale om bearbejdning med *konkurrerende* virksomheder, mens kundens emne bearbejdes. En sådan eksklusivitet kan navnlig begrundes i risikoen for, at konkurrerende kunder under besigtigelser hos bearbejderen får kendskab til hans produktion. I praksis kan en sådan eksklusivitet dog kun sikres, hvis opgaven for kunden udgør en ganske betydelig del af bearbejderens samlede virksomhed. Derfor må et forlag, der får sine bøger trykt hos et stort trykkeri, leve med, at andre forlag, der besøger trykkeriet, kan komme til at se forsiden på forlagets kommende udgivelse. ORGALIME SP 99 indeholder ingen regler om eksklusivitet.

Mærkningspligt

Vilkår om eksklusivitet har kun relevans ved lønarbejde om unikke emner. Er produktet velkendt – enten fordi det er generisk, eller fordi den produktsammenhæng, hvori det indgår, i forvejen er kendt på markedet – er der ingen hemmelighed at værne om. Her opstår derimod et modsat behov for at sikre, at en kundes emner holdes adskilt fra emner tilhørende bearbejderens øvrige kunder. En pligt hertil kan navnlig modvirke risikoen for, at der i tilfælde af kundens insolvens opstår bevistvivl om, hvilke andre kunder der kan have ejendomsret til færdigproducerede emner. Én måde at løse dette på kan være at pålægge bearbejderen at *mærke* kundens emner. En anden måde – der tillige kan tilgodese hensynet til hemmeligholdelse – kan være at pålægge bearbejderen at færdiggøre og afsende kundens emner, før bearbejderen giver sig i kast med andre kunders emner. Til illustration indeholder pkt. 10 i ORGALIME SP 99 følgende regel herom:

“Save as provided for in Clause 38 [om forsinkelse], the Processor shall store the Material and the Products at his own cost, mark it as the Customer’s property and keep it separate from other materials in accordance with the Customer’s instructions or, where no such instructions are given, in accordance with the common practice of the industry concerned.”

*Erstatnings-
ansvar*

En aftale om lønarbejde bør regulere bearbejderens *ansvar for skader* på det bearbejdede produkt. Er bearbejderens vederlag

beskedent i forhold til værdien af det bearbejdede, kan det være rimeligt, at kunden tager risikoen for sådanne skader opstået hændeligt eller ved simpel uagtsomhed. Ud fra sådanne betragtninger fastslår pkt. 50 i ORGALIME 99, at bearbejderen ikke er ansvarlig for mangler (“defects”) i emner eller for anden skade, der måtte følge heraf, medmindre han har gjort sig skyldig i grov uagtsomhed. Ifølge pkt. 48 gælder i øvrigt den generelle regel, at bearbejderen “at his option [shall] repair, reprocess or process new Material supplied by the Customer, and provide compensation for any Material damaged or unusable as a result of faulty workmanship or faulty processing”. I alle tilfælde fraskrives ansvaret for indirekte skade, jf. pkt. 54.

Bearbejderen bærer ikke noget produktansvar over for slutbrugere af det bearbejdede emne. Dette resultat følger af PAL § 7, stk. 3, hvorefter producenten af et delprodukt ikke er ansvarlig, hvis han beviser, at defekten ved produktet skyldes udformningen af det produkt, i hvilket delproduktet indgår, eller anvisninger, som er givet af den, der har fremstillet det færdige produkt. Om muligheden for ansvarsfraskrivelse i denne situation henvises til bemærkningerne i *Praktisk aftaleret*, afsnit 8.6.c.

Produktansvar

5.2.c. Administrativ outsourcing og it-drift

Udtrykket *outsourcing* bruges generelt om tilfælde, hvor en funktion eller aktivitet *udskilles* fra en virksomhed til en underleverandør. Som vi netop har set, kan dele af den fysiske *produktionsproces* henlægges til underleverandører. Men virksomheden kan også effektivisere ved at outsource sine *administrative funktioner* og *it-driften*. Selvom den informationsteknologi, der understøtter disse funktioner, er faldet i pris i takt med den tekniske udvikling, kan det kræve betydelige tekniske og ledelsesmæssige færdigheder at betjene den. Den bistand kan ofte tilvejebringes mere effektivt ude i byen. Dermed fritages kunden for arbejdet med og ansvaret for den outsourcete funktion. Når driften garanteres af leverandøren, behøver kunden ikke at interessere sig for vedligeholdelse og teknologisk opdatering mv. Omvendt kan leverandøren effektivisere sin virksomhed, så kunden får nytte af den optimale teknologi og ekspertise gennem stordriftsfordele.

Kendetegn

Der er ingen grænser for, hvilke administrative funktioner der

*Anvendelses-
område*

kan outsources. Ud over de opgaver, der varetages af en it- eller regnskabsafdeling, kan transporthåndtering, rengøring, marketing og sikkerhedsfunktioner outsources. Transaktionen kan involvere en søstervirksomhed, en kollega i branchen eller en særlig type virksomhed (f.eks. et it-servicebureau), der i forvejen er indrettet på at varetage de pågældende funktioner. Den outsourcete afdeling videreføres af bearbejderen, og de berørte medarbejdere opnår ansættelse her. Er brugeren en offentlig myndighed, anvendes ordene *outsourcing* og *udlicitering* ofte side om side.

Administrativ outsourcing kan gennemføres ved hjælp af forskellige aftaleformer.

Facility management

I en aftale om *facility management* (i det følgende *FM*) påtager leverandørvirksomheden (“FM-leverandøren”) sig at betjene og vedligeholde (“drifte”) det udstyr og undertiden også de medarbejdere, der indgår i en bestemt driftsfunktion hos kunden. FM-leverandøren *kontrollerer* herefter disse dele af kundens virksomhed. Driftsfunktionen befinder sig altså fortsat hos kunden, hvor den fremstår som en del af dennes virksomhed. Men den økonomiske og driftsmæssige risiko for opgaverne ligger hos FM-leverandøren.

Outsourcing ved udskillelse

Outsourcing kan også ske ved udskillelse af administrative funktioner til en bestemt leverandør. Kunden *driver* i forvejen en administrativ funktion (f.eks. regnskab, rengøring eller it), men *overdrager* den nu til leverandøren. Hvor FM-leverandøren tilbyder sin egen løsning, indebærer en outsourcing i denne forstand, at hele kundens eksisterende administrative funktion overføres til outsourcingleverandøren, der herefter står for den videre drift. I nogle tilfælde flyttes kundens eksisterende *tekniske systemer* med over til leverandøren. I andre tilfælde forbliver de hos kunden, men under leverandørens ansvar (ligesom ved FM). I nogle tilfælde flyttes kundens *personale* med over, således at der foreligger en delvis *virksomhedsoverdragelse*. I andre tilfælde bliver personalet hos kunden. Overdragelsen sker typisk for en længere periode. Sker overdragelsen til flere leverandører, foreligger *multi-sourcing*. Outsourcing af it-drift betegnes ofte som *hosting*. I den praktiske tilrettelæggelse kan der tænkes talrige variationer.

Virksomheden kan også ønske at overtage ansvaret for administrative opgaver, der tidligere har været udført af underleverandører. Man taler i

så fald om *insourcing*. Når en virksomhed f.eks. opretter en intern juridisk afdeling for at spare de høje omkostninger til advokatbistand, taler man om at den har *insourcet* sine juridiske funktioner. En beslutning om at *insource* udmøntes dermed i, at det aftaleforhold, der lå til grund for den tidligere outsourcing, bringes til ophør.

Servicebureau drift angår standardiserede databehandlingsopgaver, som præsteres overfor en flerhed af kunder. Denne form for administrativ outsourcing er navnlig kendt på regnskabsområdet, hvor en række virksomheder (f.eks. det privatejede *Bluegarden*, der tidligere var en del af Pengeinstitutternes Betalings-Service) tilbyder automatisering af lønudbetalinger mv. I den finansielle sektor er det almindeligt, at it-funktioner varetages af servicebureauvirksomheder som f.eks. BEC (“Bankernes Edb Central”), der ejes af en række danske pengeinstitutter.

*Servicebureau-
drift*

I en *ASP-aftale* (ASP = Application Service Provider) erhverver kunden alene den it-funktionalitet, der opnås, når han via en telefonforbindelse kobler sig op til leverandørens anlæg. Se herom *IT-retten*, afsnit 21.6. ASP-ydelser er ofte bygget på standardsoftware. Aftalen knytter sig typisk til et bestemt “*service level*”, som kunden herefter betaler for efter brug. Aftalerne rummer dermed et element af vedligeholdelse og betegnes derfor undertiden også som “*service level agreements*”. Blandt de tekniske kriterier, der kan indgå i en sådan aftale, er f.eks. den *tid*, hvor tjenesten benyttes, *svartider*, *fejlhyppighed*, samt tidsforbrug ved fejlretning.

ASP-aftaler

En særlig form for outsourcing angår varetagelsen af virksomhedens funktioner ved varetagelsen af logistikken i forbindelse med *varetransport*. Hvor disse opgaver tidligere lå i selve virksomheden, sker der i stigende grad en outsourcing, hvorved opgaverne flytter over til transportvirksomheder i form af såkaldte logistikaftaler, der integrerer opgaverne med spedition og transport.

De retlige problemer vedrørende disse aftaler behandles bl.a. af *Jakob Heidbrink: Logisticavtalet – Almän kontraktsrätt i transporträttslig miljö* (Uppsala, 2005).

Beslutningen om at outsource må bl.a. baseres på en grundig *undersøgelse* af virksomhedens aftaleretlige bindinger over for sine

Forberedelse

eksisterende leverandører, kunder og andre aftaleparter. Har kunden f.eks. lovet sine aftaleparter ikke at overlade de præstationshandlinger, der planlægges outsourcet, til andre, må disse aftaler genforhandles. Dette har f.eks. betydning for licenser for edb-programmel, jf. herom straks nedenfor. I det hele taget genfinder man her mange af de problemer, som kendes fra virksomhedsoverdragelser (aktivoverdragelser), se hertil afsnit 2.8.e.

*Transaktions-
temaer*

Indebærer outsourcingen overførelse af et produktionsapparat med tilhørende medarbejdere, må aftalen regulere alle de temaer, der har relevans ved virksomhedsoverdragelse – ikke mindst om retsforholdet vedrørende disse outsourcete medarbejdere. Som anført af *Henrik Udsen: IT-kontraktret (2014)*, s. 262 ff., kan leverandøren (som i en vis forstand kan siges at *erhverve* de outsourcete dele af kunden virksomhed) have brug for at gennemføre en *due diligence*, inden aftalen indgås. Efter aftaleindgåelsen vedtager partene herefter en *transitionsplan*, der beskriver de enkelte trin i den proces, hvorved systemerne overføres til leverandøren.

Når en afdeling af en virksomhed outsources, skal de medarbejdere, der hidtil har stået for den outsourcete funktion, følge med. Den partielle “virksomhedsoverdragelse”, der herved etableres, er omfattet af reglerne i virksomhedsoverdragelsesloven, jf. nærmere afsnit 2.8.b. Det betyder, at erhververen af virksomheden *succederer* i medarbejderens ansættelsesforhold. Som udgangspunkt kan medarbejderen derfor ikke på aftaleretligt grundlag (ved f.eks. at påberåbe sig forudsætningsvigt) modsætte sig ansættelse hos erhververen. En medarbejder kan dog i særlige tilfælde rejse sådanne indvendinger, når en outsourcing vil indebære grundlæggende anderledes arbejdsvilkår.

At loven også omfatter outsourcing, er antaget i den righoldige praksis fra EU-domstolen, der omhandler tilfælde, hvor virksomhedsfunktioner udskilles med tilhørende medarbejdere. Se hertil *Mette Søsted* i U 2016B, s. 52 ff., *Werlauff & Schaumburg-Müller: Udlicitering og medarbejdere*, 5. udg. (2011) og bemærkningerne hertil ovenfor s. 107 f.

Licensforhold

Parterne kan ikke regne med, at kundens programmel uden videre kan “driftes” af en ny leverandør ved outsourcing. Er et edb-program erhvervet som en *eksemplarlicens*, jf. OPHL § 36,

stk. 1, har licenstageren som udgangspunkt ret til at overdrage eksemplaret til en ny erhverver (FM/O-leverandøren), jf. OPHL § 19, men modsat *U 2007.2507 V*, der i en sådan situation, hvor der forelå en licensaftale, statuerede erstatningsansvar for licenstageren. FM/O-leverandøren må generelt respektere de begrænsninger, der var gældende for kunden. Disse begrænsninger kan indebære, at drift i forbindelse med *facility management* er afskåret, se hertil *IT-retten*, s. 938 ff. Er programmet erhvervet under en *licensaftale*, hvor rettighedshaveren (og ikke et tilfældigt mellemlid) og kunden har forpligtet sig over for hinanden i henseende til omfanget af kundens råderet, beror det på denne aftale, om programmet kan driftes hos FM/O-leverandøren uden programleverandørens samtykke. Er der f.eks. tilstået kunden en *personlig* licens eller aftalt en *hemmeligholdelsespligt* for kunden, kan kunden ikke uden videre lade FM/O-leverandøren indtræde i sin ophavsretlige ret til at anvende programmet (og foretage de eksemplarfrestillinger, der er nødvendige i forbindelse hermed). Hertil kræves samtykke fra programleverandøren – et samtykke, som denne (givet den konkurrence, han møder fra FM-leverandøren) ofte ikke vil være interesseret i at meddele.

I Konkurrencestyrelsens *Konkurrenceredegørelse* for 2000, kapitel 5 (s. 133 ff.), behandles de konkurrenceretlige problemer vedrørende softwarelicenser. Det anføres bl.a., s. 158 f., at et forbud mod overførelse af en licensret, trods sin forankring i OPHL § 56, kan indebære en vilkårlig diskrimination, der vil kunne rammes i medfør af konkurrencelovens regler. Konkurrencestyrelsen har i en afgørelse af 26. august 1998 lagt til grund, at den legale brugerlicens i OPHL § 36, stk. 1, nr. 1, ikke afskærer brugeren af et edb-program fra at lægge driften af programmet i hænderne på en tredjemand. Denne ophavsretlige fortolkning samt den herpå følgende konklusion om, at en it-leverandør med dominerende stilling på et marked (KMD) ved at fastholde et forbud mod outsourcing i en licensaftale har påtvunget sin kunde en urimelig forretningsbetingelse, forekommer vidtgående og i hvert fald i strid med praksis i it-branchen.

Lignende problemer opstår i relation til andre løbende aftaler (f.eks. aftaler om teknisk vedligeholdelse, se hertil afsnit 5.5.), som berøres af en outsourcing. Ofte vil det være nødvendigt at bringe sådanne aftaler til ophør ved opsigelse. Typiske vedligeholdelsesaftaler opererer med opsigelsesvarsler på ca. 1 år fra

*Andre løbende
aftaler*

kundens side. Kan sådanne vilkår ikke genforhandles, må kunden enten betale for vedligeholdelse, han ikke får glæde af, eller vente med at outsource til aftaleudløbet. En genforhandling vil almindeligvis også være nødvendig, hvis den tidligere leverandør fortsat forventes at skulle vedligeholde i et nyt teknisk miljø.

Ydelsen

Det største konciperingsproblem i aftaler om administrativ outsourcing består i at beskrive præstationshandlingen. Da leverandørvirksomheden ofte vil påtage sig flere opgaver end dem, kundevirksomheden hidtil har udført, rækker det ikke at skrive, at leverandøren tilvejebringer de funktioner, der “hidtil har været udført” af kundevirksomheden. I stedet bør aftalen en for en angive de tjenesteydelser, leverandøren stiller til rådighed. Det kan være vanskeligt nøjagtigt at opregne disse funktioner ved aftaleindgåelsen. I stedet kan det aftales, at kunden har *option* på at opnå ret til tjenester, der falder i naturlig forlængelse af de skitserede grundforpligtelser, og som leverandøren uden vanskelighed kan præstere.

Selve ydelsen må beskrives i overensstemmelse med de principper for beskrivelsen af en produktionsydelse, der er redegjort for i afsnit 5.1.d. Konciperingsopgaven kan med fordel løses med inspiration i den systemtænkning, der præsenteres nedenfor på s. 316: Leverandørvirksomheden råder over et *system*, der defineres i kraft af nogle regler og procedurer, og som indeholder et antal *komponenter* (herunder hardware, programmel mv.). Kunden erhverver en ret til at gøre brug af de *funktioner*, dette system kan levere. For hvert funktionsområde bør aftalen fastslå et serviceniveau. For visse ydelser kan dette uden vanskelighed præciseres (f.eks. angivet ved driftseffektivitet og svartider for et it-system). Sådanne beskrivelser bør følges op med en pligt for kunden (og i dette tilfælde også leverandøren) til at føre *logbog*, der angiver, hvornår der optræder driftsmæssige uregelmæssigheder eller fejl, samt disses nærmere karakter.

Driftsstop

Ved outsourcing af it-funktioner bør der tages stilling til følgerne af driftsstop forårsaget ved it-nedbrud mv., hvis leverandørens udstyr ødelægges, f.eks. efter strømafbrydelse, vandskade eller brand. Leverandøren bør her påtage sig en pligt til at indgå aftale med et såkaldt “varmt backupcenter”, der med få timers varsel kan stille maskintid til rådighed på en platform, der svarer til den anvendte. Det aftalte serviceniveau bør afbalanceres med passende *sanktioner*. Foreligger der et måleligt serviceniveau (f.eks.

antal timer, hvor et it-system fungerer, henholdsvis er “nede”), kan aftalen gå ud på, at der sker nedsat betaling, når et bestemt mindstemål ikke præsteres. Det nærmere behov for at indføre den slags bestemmelser beror naturligvis på, hvilket it-system og hvilke data der er tale om.

Da kunden nødvendigvis vil dele en række fortrolige oplysninger med leverandøren af en administrativ outsourcingydelse, må aftalen tage stilling til spørgsmål om *hemmeligholdelse* og om foranstaltninger, der skal beskytte datas *fortrolighed*. Se hertil afsnit 7.2.

Fortrolighed

Selvom informationer og data ikke er genstand for ejendomsret i sædvanlig forstand, bør aftalen regulere en række spørgsmål, der sædvanligvis betragtes som “ejendomsretlige”. Den bør klart fastslå, at kunden har den fulde *råderet* (ofte misvisende betegnet som “ejendomsret”) over de data, der i kraft af en aftale om *outsourcing* eller *facility management* overdrages til leverandøren. Ligeledes må det præciseres, at denne råderet giver kunden ret til på ethvert tidspunkt at forlange udleveret et datamedie i læsbar form, hvorpå de pågældende data er indlæst. Endelig bør det anføres, at alle medier med kundespecifikke data skal udleveres til kunden ved aftalens ophør, og at leverandøren ikke er berettiget til at råde over dem herefter.

Ejendomsret

Kundevirksomheden vil altid være genstand for en eller anden offentligretlig regulering. Reguleringen kan enten være almen (f.eks. pligten til at føre bogholderi og skatteregnskab, til at indeholde A-skat og til at sikre personoplysninger), eller den kan rette sig specifikt mod virksomhedens aktiviteter (f.eks. pligter vedrørende sundhed, sikkerhed og miljø). Det siger sig selv, at kundevirksomheden ikke kan smyge sådanne pligter af sig ved at outsource sin virksomhed. Derfor bør kundevirksomheden pålægge outsourcing-leverandøren at kunne opfylde disse forpligtelser lige så godt som virksomheden selv. Dernæst må det sikres, at offentlige kontrolmyndigheder kan få ubesværet adgang til de datamedier og informationsbeholdninger hos leverandøren, der håndterer kundens informationer, når virksomheden skal stille dette materiale til rådighed for myndighederne.

*Myndigheds-
kontrol*

Selv om kunden som udgangspunkt hæfter for opfyldelsen af de særegne regler, der regulerer it-anvendelsen, uanset ydelsen er udskilt som led i

en administrativ outsourcing, er domstolene undertiden mildt stemt over for parter, hvis særlovsovertrædelse kan tilskrives en udefrakommende rådgiver, jf. *U 1985.831 Ø*, hvor kunden opnåede strafbortfald efter undladt afgiftsbetaling på grund af en revisorfejl. Med virkning for det finansielle område er der givet særlige regler om finansielle virksomheders outsourcing af væsentlige aktivitetsområder, se herved bekendtgørelse nr. 1304 af 25 november 2010.

*Persondata-
beskyttelse*

En særlig rolle spiller reglerne i persondataloven om “databehandlere”. Hermed forstås “den fysiske eller juridiske person, offentlige myndighed, institution eller ethvert andet organ, der behandler oplysninger på den dataansvarliges vegne” (lovens § 3, nr. 5). Databehandleren har bl.a. pligt til at træffe nødvendige sikkerhedsforanstaltninger mod, at oplysningerne kommer til uvedkommendes kendskab, misbruges eller i øvrigt behandles i strid med loven, jf. lovens § 41, stk. 3, og må kun behandle personoplysninger efter instruks fra den dataansvarlige, medmindre andet følger af lov eller bestemmelser fastsat i henhold til lov, se lovens § 41, stk. 1. Databehandlere i Danmark, som udøver *edb-servicevirksomhed*, skal forinden påbegyndelsen af behandlingen foretage anmeldelse til Datatilsynet, jf. lovens § 53. Dermed kan databehandleren blive genstand for kontrolbesøg, jf. lovens § 62, stk. 4. Databehandleren må ligeledes tåle kontrolbesøg fra konkurrencemyndighederne, jf. konkurrencelovens § 18, stk. 2.

*Varighed og
ophør*

Et væsentligt punkt i planlægningen er den påtænkte *varighed* af en outsourcing-aftale. Begge parter vil investere betydelige ressourcer i at få skabt grundlaget for den. Disse ressourcer giver kun mening, hvis transaktionen forventes at have en vis varighed. Derfor kan det forekomme rimeligt, at den part, der ønsker opsigelse før en vis grundperiode, kompenserer den anden part for disse startomkostninger. En særlig omhu bør udvises i relation til forholdene ved aftalens *ophør*. Her er det vigtigt, at tekniske systemer uden videre kan flyttes tilbage til kunden uden særskilte omkostninger til licensoverførelse, tilpasning mv.

5.3. Anskaffelse af produktionsudstyr

Avancerede maskiner og andet produktionsudstyr (f.eks. samlebåndsanlæg, drejebænke og indpakkingsmaskiner) leveres som regel direkte – eventuelt gennem agenter – fra producent til kunde. Da de færreste maskinproducenter kan nøjes med at levere til deres hjemmemarked, indgås aftaler herom typisk på tværs af landegrænser. Kontakten mellem kunde og leverandør baseres f.eks. på direkte markedsføringshenvendelser eller messekontakter. Produktionsudstyrets funktioner vil normalt være kendte, og udstyret eksisterer i forvejen. Da der er tale om “kendt teknik”, jf. inddelingen i afsnit 5.1.a., kan parterne normalt overskue disse transaktioner. Ofte indgås sådanne aftaler på grundlag af standardvilkår udarbejdet af leverandøren. I andre tilfælde indgås aftalen på grundlag af *agreed documents*.

Kendetegn

Et tidligt internationalt accepteret sæt af standardaftaler med sigte på sådanne maskinanskaffelser foreligger med “General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export” – også kaldet ECE188. ECE188, der er udarbejdet af FN’s økonomiske Kommission for Europa (ECE), er udkommet i flere udgaver. Den suppleres med et antal “*additional clauses*”, f.eks. for “supervision of erection of plant and machinery abroad” (nr. 188B). På grundlag af ECE 188 har industriorganisationerne i de nordiske lande vedtaget “Almindelige leveringsbetingelser for leverancer af maskiner og andet mekanisk, elektrisk og elektronisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande”, også kaldet NL92. Gentagne revisioner af NL har bragt en vis afstand fra dokumentet til ECE188 i henseende til indhold og systematik. I Finland, Norge og Sverige anvendes nyere versioner af NL 92 (NL 01 og 09), men da disse ikke er accepteret af den danske forsikringsbranche på grund af reglerne om hæftelse for produktansvar, benyttes de ikke herhjemme. Før NL 92 har man haft NL79 og NL85. Dokumenterne er kommenteret af *Hørlyck* i Tilvirkningskøbet (1996). Se for en nærmere gennemgang *René Franz Henschel* i ET 2006, s. 273 ff. Den typiske NL92-leverance angår køb af produktionsudstyr, som er fremstillet specielt til køberen, altså bestillingskøb. Som før nævnt bygger NL92 på en forudsætning om, at udstyret kun monteres, såfremt det er særligt aftalt.

ECE188 og NL92

NLM 94

Organisationerne bag NL92 har også udsendt en standardkontrakt beregnet for levering *og montering* af maskiner og andet mekanisk og teknisk udstyr, senest (i 1994) som NLM 94. Ifølge denne aftale har leverandøren ansvaret for leverancen indtil overtagelsen. Overtagelse finder sted, efter at en overtagelsesprøve har vist, at leverancen er kontraktmæssig. Aftalen indeholder dernæst udførlige regler om det forberedende arbejde, forholdene på monteringsstedet og ændrings- og tillægsarbejder. Ligesom forgængeren, NLM 84, bygger NLM 94 på ECE 188A. Alligevel er der forskelle. Ifølge ECE 188A leveres og monteres udstyret som fritstående ydelse. Risikoen går over ved levering, ikke ved aflevering, jf. *U 2009.437 H*. Om der foreligger forsinkelse, bedømmes efter monterings tidspunktet. I Finland, Norge og Sverige anvender man også nyere versioner af NLM 84 (NLM 10). Heller ikke disse vilkår benyttes i Danmark, igen på grund af forsikringsbranchens betænkeligheder ved ansvarsreguleringen.

NLT95

En anden aftaleregulering af installationshandlingen foreligger med NLT95, Nordiske Tillægsbetingelser til NL92. Denne formular tager sigte på mindre omfattende montering af maskiner og andet mekanisk og elektrisk udstyr. Betingelserne kan anvendes, hvor sælgerens hovedforpligtelse er at levere materiellet, men hvor sælgeren tillige er køberen behjælpelig med installation og/eller igangsætning. Som angivet i titlen er NLT95 udarbejdet som et tillægsvilkår til NL92.

NLS95

Den nordiske jern- og metalindustri har senest i 1995 udsendt et sæt "Almindelige Leveringsbetingelser for leverancer af mængdevarer af standardtype varer såsom mekaniske, elektriske og elektroniske komponenter, skruer, og søm", NLS95. Isoleret set rummer vilkårene ikke nogen særligt udtømmende regulering af sådanne enkeltleverancer. Deres funktion er at supplere de øvrige NL-vilkår. At man har valgt at udskille dette regelsæt, hænger sammen med, at hver delleverance kan have sit behov for retsmidler ved misligholdelse. Hvor det vil være relevant at sanktionere mangler ved ydelsen med afhjælpning, vil det eneste adækvate middel for de standardkomponenter, der indgår i en maskinleverance, være om- eller efterlevering.

ORGALIME
SI 14

De foran omtalte kontrakter tager som nævnt særligt henblik på *nordisk* samhandel, hvor der ganske vist ikke længere gælder nogen køberetlig retsenhed. Med sigte på maskinleverancer, der

involverer parter *uden for* de nordiske lande, har ORGALIME udsendt et sæt standardbetingelser, der i sin seneste version (fra januar 2014) har forkortelsen SI 14: *General Conditions for the Supply and Installation of Mechanical, Electrical and Electronic Products*. Sammenlignet med NL 92 er SI 15 langt mere detaljeret i sin regulering af bl.a. reglerne om afleveringsprøve, risikoovertagelse og misligholdelsesbeføjelser. Men også SI 14 må anses som et *agreed document*, som indeholder en sædvanlig og afbalanceret regulering.

5.4. It-systemudvikling

5.4.a. Kendetegn

En aftale om it-udvikling går ud på at bringe et it-system til verden. Forkortelsen “it” dækker over *informationsteknologi*, og dette ords delkomponenter – “information” og “teknologi” – beskriver nogle egenskaber ved sådanne udviklingsprojekter, der også præger den aftaleretlige regulering. Projekterne er for det første komplicerede (teknologiske). For det andet bygger de i vid udstrækning på immaterielle (informationsrelaterede) komponenter og lovmæssigheder, jf. om dette begreb nedenfor i afsnit 7.1.a.

I en aftale om it-udvikling fastlægger parterne de retlige rammer for udviklingen af et it-system. Typisk vil aftalen kun angå udviklingen af den software, der bestemmer systemets funktioner, idet kunden selv råder over (eller anskaffer sig) maskinelt (hardwaren), eventuelt via en driftsaftale (jf. herom afsnit 5.2.c.). Den kan enten angå en samlet systemløsning eller delsystemer. Og udviklingsarbejdet kan enten ske “fra grunden”, som specialudviklet program, eller som tilpasninger bygget oven på eksisterende standardkomponenter.

Af samme grund står en it-systemudviklingsaftale sjældent alene. Ofte vil flere leverandører være, eller have været, på banen: A som leverandør af hardware og standardprogram, B som udvikleren, C som vedligeholderen, D som den, der skal forestå driften, E som finansielt mellemlid og F som den troværdige tredjepart, hos hvem dokumentation og kildetekstprogram deponeres.

Jo flere parter der indgår i et sådant aftalekompleks, desto vanskeligere er det at forhandle og koncipere aftalerne. For det første

Indhold og funktion

Samspil med andre aftaler

kræver et aftalekompleks altid koordination mellem de enkelte aftalekomponenter. For det andet vil de enkelte leverandører sjældent ønske at bære risikoen for hinandens misligholdelse. Uden en klar identifikation og fordeling af disse forskellige tekniske, retlige og økonomiske risici risikerer kunden at blive kastebold mellem de enkelte leverandører, når der opstår problemer.

*Total- og kom-
ponentleverancer*

En it-systemudvikler, der forestår den samlede systemudvikling til kunden, betegnes som *totalleverandør* (svarende til entreprisrettens terminologi: totalentreprise). Skal han kun udvikle en afgrænset enhed til et eksisterende system, betegnes han som *delleleverandør*. Uden for bebet falder derimod *komponentleverandører*. Angår aftalen software, der eksisterer ved aftaletidspunktet, betegnes aftalen som en *standardleverance*. Aftaler om ydelser, der skal udvikles, betegnes som *specialleverancer* eller *udviklingskontrakter*.

*Aftalens
genstand*

Den form for it-systemudvikling, der volder de største problemer ved koncipering og opfyldelse, angår *administrative it-systemer* tilpasset kundens specifikke behov. Administrative systemer involverer mennesker, der skal udføre faktiske handlinger og udveksle kommunikation i et komplekst samspil. At skaffe overblik over dette samspil er vanskeligere, end man skulle tro. Og opgaven med at få en it-løsning til at passe ind i eksisterende arbejdsgange på en måde, der realiserer en ønsket effektivisering, giver erfaringsmæssigt anledning til betydelige udfordringer.

Planlægning

Derfor er der et stort behov for planlægning og aftaleregulering af it-anskaffelser. Indholdet af dette behov beror på størrelsen og kompleksiteten af det enkelte system og på samspillet med den omkringliggende virksomhed. En gennemgående udfordring ligger i, at parterne går ind i transaktionen med vidt forskelligt kendskab til dens udfordringer. Ofte har kunden et usikkert billede af, hvad der skal leveres, pga. ukendskab til den *anvendte teknologi* og heraf følgende vanskeligheder ved at formulere sine ønsker præcist. Men selv om kunden kender teknologien, kan det være svært at formulere de *reelle behov*: Den eksisterende it-løsning er forældet, men de løsninger, som systemet håndterede, kan måske i dag løses gennem helt andre foretningsgange. Gør disse forhold sig gældende, kan leverandøren have tilsvarende vanskeligt ved at levere en løsning, som kunden får glæde af. Parterne står da foran et stort behov for planlægning og projektstyring.

Angår udviklingsopgaven derimod meget *funktionspecifikke it-systemer* og standardkomponenter, minder aftalen snarere om en maskinanskaffelse af den art, der er præsenteret ovenfor under 5.3. Her vil kravene til det leverede være klart for begge parter og typisk formuleret i et samarbejde mellem teknikere hos både leverandør og kunde.

5.4.b. Retsgrundlaget

Det ligger klart, at KBL ikke gælder for aftaler om it-systemudvikling. For det første vil de centrale dele af leverancen have karakter af information, jf. diskussionen herom i afsnit 5.1.b. For det andet vil aftalen rumme et udviklingselement, der i højere grad gør sammenligninger med entrepriseretten nærliggende.

Fordi KBL ikke gælder, må parterne være omhyggelige med deres aftaleregulering. Tager aftalen ikke stilling til et stridspunkt, må den udfyldes på grundlag af almindelige retsgrundsætninger, som de kan udledes af den almindelige *obligationsret*. For denne vurdering indgår det med betydelig vægt, hvilke *sædvaner*, hvilken *aftalepraksis* og hvilke typiske *forventninger* der er gældende, samt hvilke *analogier* man kan drage til eksisterende lovgivning. Købelovens principper kan virke som udfyldende grundlag, blot disse principper ikke tager præceptiviteten med sig.

Købeloven

*Anden
baggrundsret*

5.4.c. Aftalepraksis

It-aftaleretten har et særegent udviklingsforløb bag sig. I branchens første vækstår (1960'erne og 1970'erne) blev der ikke ofret megen energi på aftalekoncipering. Parterne benyttede leverandørernes standardaftaler, hvilket sammen med en almindelig opfattelse af, at ydelsen angik ny, uprøvet og dermed risikabel teknologi, gav grobund for en praksis med ansvarsfraskrivelse. Da de offentlige myndigheder meldte sig som storkunde, tog indkøbsmyndighederne initiativ til at skabe mere afbalancerede aftalegrundlag. I midten af 1970'erne udsendte Finansministeriet – som koordinerende organ for statens it-anskaffelser – et antal standardkontrakter for køb, leje og vedligeholdelse af it-systemer (aftaler, der siden blev genudgivet af det daværende EDB-råd som "EDB-rådets standardkontrakter").

Historik

Det var dog først i slutningen af 1980'erne, at vi fik en mere gennearbejdet it-aftalepraksis. Udviklingen skete parallelt med,

K33 og K18

at interessenterne i branchen blev bedre organiseret, både på leverandør- og brugerside. Danske it-leverandører repræsenteres i dag af interesseorganisationen IT-branchen, der tidligere har udsendt forskellige standardkontrakter og -klausuler, der ikke længere benyttes, se hertil *IT-retten*, afsnit 21.1.c. Med til billedet af dansk it-aftalepraksis hører også den kontrakt, konsulentfirmaet *PLS Rambøll* udsendte i 1999 (med revision i 2000). På grundlag af det erfaringsmateriale, Kammeradvokaten havde opsamlet i forbindelse med et antal opdrag for offentlige myndigheder, udsendte Finansministeriet i 1987 en standard-it-aftale for totalleverancer. Aftalen blev kaldt *K33*, men benyttes ikke længere. I 1990 og 1992 udsendte Finansministeriet to aftaledokumenter om “Standardiserede edb-systemer”. Det første, kaldet *K17*, fik en kort levetid og blev kort herefter afløst af *K18*.

K-kontrakterne

Fraværet af *agreed documents* på it-området førte i 2001 til, at der i regi af det daværende Videnskabsministerium blev nedsat en arbejdsgruppe under deltagelse af de centrale parter på området, herunder navnlig Dansk IT, IT-branchen og Kammeradvokaten. Arbejdsgruppen producerede i 2004 “*K01*”, *Standardkontrakt for et kortvarigt it-projekt*. Kontrakten blev i november 2007 suppleret med “*K02*”, *Standardkontrakt for længerevarende it-projekter* og i 2012 med “*K03*”, *Standardkontrakt for længerevarende it-projekter baseret på agil metode*.

I forhold til *K18* og *K33* indebærer *K01* og *K02* og navnlig *K03* en langt mere fleksibel regulering med betoning af parternes samarbejdspligt, afklaringsfase og udtrædelsesadgang for kunden. Dermed tilgodeses it-leverandørernes ønske om en mere ligelig fordeling af risiko og ansvar i disse projekter – et ønske, som i forskellige sammenhænge, herunder i 2001-rapporten fra det såkaldte *Bonnerup-udvalg* (med titlen “Erfaringer fra statslige IT-projekter – hvordan gør man det bedre? Rapport og anbefalinger fra en arbejdsgruppe under Teknologirådet”) – var blevet anført som en væsentlig årsag til de hyppige vanskeligheder i større it-projekter. *K01* og *K02* er genstand for to omfattende trykte og netbaserede kommentarudgivelser, forfattet af *Nicolai Dragsted, Ole Horsfeldt, Jesper Langemark & Claus Sørensen* (2004 og 2008). Se også *Henrik Udsen: IT-ret* (2013), s. 493 ff.

Aftalestruktur

Mere komplicerede it-anskaffelser opbygges typisk som aftalekomplekser med en *rammeaftale* (også kaldet hovedkontrakt)

og et hertil hørende antal delaftaler og bilagsmateriale. Bilagsmaterialet består da af tre slags dokumenter: Den første gruppe er de dokumenter, der har ligget til grund for *aftaleslutningen* (kravspecifikation, brugervejledninger, offentliggjorte prislister, brochuremateriale mv.). Hertil knytter sig for det andet de dokumenter, der *udfylder og præciserer* hovedkontrakten (særlige rabatter, tekniske specifikationer mv.). I en tredje gruppe finder man et antal *delaftaler*, f.eks. vilkår for vedligeholdelse, licensvilkår, kildetekstdeponering mv.).

Bilagsmaterialet kan f.eks. præcisere (1) aftalens *parter*, med angivelse af kontaktpersoner og medlemmer af projektgrupper, (2) kundens kravspecifikation eller *behovsopgørelse* (dvs. kundens egen angivelse af, hvilke krav han på forhånd har opstillet til systemet), (3) *dokumentation*, (4) *hovedtidsplan*, (5) beskrivelse af *konfiguration og systemmiljø*, (6) specifikation af *maskinel* og andre komponenter med tilhørende *prisangivelser*, (7) specifikation af *systemprogrammel* med tilhørende prisangivelser, (8) specifikation af *brugerprogrammel* med tilhørende prisangivelser, (9) *udbygningsmuligheder* og *grænsefladespecifikationer*, (10) leverandørens krav til *lokaleindretning*, (11) *betalingsplan*, evt. med tilhørende oversigt over systemudviklingsfaser og -målepunkter, (12) præcisering af *servicemål* eller svartider, (13) leverandørens *projektorganisation*, (14) *licensbetingelser* vedrørende standardprogrammel leveret af tredjemand, (15) bestemmelser vedrørende *kildetekstdeponering*, (16) tredjemands *vedligeholdelsesforpligtelser* samt bestillingsformular til brug for senere aftaler mellem parterne, samt (17) "*øvrige ydelser*", f.eks. konsulent- og uddannelsesydelser. For at undgå tvivl om, hvorvidt de enkelte *bilag* er tiltrådt af parterne, må hovedkontrakten entydigt angive dem, jf. nærmere *Praktisk aftaleret*, afsnit 3.4.c.

Det kan forekomme, men bør i sagens natur undgås, at der opstår modstrid mellem indholdet af de respektive tekster. I en sådan situation beror det på almindelige fortolkningsprincipper, hvilken tekst der har forrang. Generelt må det formodes, at aftaletekst, der har været genstand for en individuel forhandling, har forrang frem for tekst, der udgør standardvilkår og uden forudgående forhandling. Se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 322 f., om *lex specialis*-fortolkning.

Delaftaler bør udfærdiges og underskrives *før* hovedkontrakten.

Bilagsmateriale

Konsistens

Tilrettelæggelse

Af tidsmæssige grunde lader dette sig ikke altid gøre. Er parterne f.eks. enige om, at leverandøren skal *deponere* programkildetekst hos en tredjepart (se om disse aftaler afsnit 5.4.f.), vil aftalen med deponeringsinstituttet implicere en særskilt og ofte tidkrævende selvstændig forhandling. I en sådan situation kan parterne nøjes med at erklære deres *hensigt* med det skitserede aftaleforhold og indføje en adgang til at annullere hovedkontrakten, hvis det viser sig umuligt at nå til enighed om deponeringen. En sådan senere aftale bør have identiske vilkår om ophævelse, konfliktløsning og lovvalg.

Risikoen for opfyldelsesvanskeligheder

Det forekommer hyppigt, at it-systemudviklingen støder på vanskeligheder i sin opfyldelse, som han ikke indså på aftaletidspunktet. Koncipisten kan identificere, begrænse og fordele disse risici på to forskellige måder:

Faseopdeling

Den ene måde strukturerer udviklingsprojektet i et antal delforløb (*faser*), der gennemføres på grundlag af særskilte aftaler. Efter afslutningen af hver fase må parterne derfor *enten* indgå aftale om at gå videre til næste fase, eller afslutte projektet. En part (typisk leverandøren) for hvem projektet viser sig mere belastende end oprindeligt forudsat, vil her have en interesse i at forlade det. Har kunden ingen glæde af den leverance, der foreligger ved afslutningen af første fase, står kunden i en vanskelig situation: Der må indledes nye forhandlinger, måske findes en ny leverandør, og næsten uanset hvad vil de samlede udviklingsomkostninger dermed stige.

Totalløsning

Den anden skole (der omvendt støttes af brugerinteresser) taler for, at leverandøren leverer og indestår for en samlet leverance, der afleveres under ét og under én og samme aftale. Leverancen er da først udviklet og præsteret, når kravene i den af kunden udarbejdede kravspecifikation er opfyldt. Indtil det er sket, må leverandøren om nødvendigt bruge de ressourcer, der er nødvendige, for at kunden kan opnå den heri angivne funktion. Denne skole finder f.eks. udtryk i K18 og K33, men den er stærkt modificeret i K01 og K02.

K02-løsningen

Pkt. 2.1 i både K18 og K33 pålægger leverandøren "at tilvejebringe og levere alt det maskinel og programmel, som er nødvendigt til etablering af et fuldstændigt it-system, der er i stand til at opfylde alle de krav, der beskrives i kundens kravspecifikation". I K01 og K02 findes den tilsvarende bestemmelse også i

pkt 2.1, men modsat K18 og K33 knytter K02 retsvirkninger til den såkaldte *leverancebeskrivelse*. Leverancebeskrivelsen er imidlertid ikke kundens dokument (svarende til behovsopgørelsen i K18/K33), men et konsolideret dokument bestående af kravspecifikation og løsningsbeskrivelse. K02-forløbet beskrives således i pkt. 3.1:

“Leverandøren har forud for indgåelse af Kontrakten indarbejdet de fornødne ændringer og tilføjelser i det af Kunden udarbejdede udkast til kravspecifikation, eventuelt i dialog med Kunden, således at Løsningsbeskrivelsen kan forudsættes fuldt ud at opfylde Kravspecifikationen. Endvidere gennemføres en afklaringsfase med henblik på yderligere afstemning mellem Kundens behov og Leverandørens løsning, jf. punkt 5.1.

Hvis det efter kontraktindgåelse konstateres, at Kravspecifikationen alligevel ikke opfyldes ved Løsningsbeskrivelsen, skal Leverandøren i fornødent omfang supplere eller ændre Løsningsbeskrivelsen samt levere sådanne yderligere ydelser, der er nødvendige for at opfylde Kravspecifikationen og Kontrakten i øvrigt. Sådant levering skal ske på samme vilkår som fastsat i Kontrakten, herunder uden yderligere vederlag og inden for de i tidsplanen fastsatte frister.

Såfremt Løsningsbeskrivelsen indeholder yderligere funktionalitet, udstyr m.v. end nødvendigt til at opfylde Kravspecifikationen, og uden at dette udtrykkeligt er angivet at være en Option eller anden ændringsmulighed, der skal bestilles særskilt, skal Leverandøren levere dette i tillæg til opfyldelse af Kravspecifikationen.

Leverandøren har leveranceansvaret. Dette indebærer, at Leverandøren skal levere de ydelser, herunder Programmel, udstyr og Dokumentation, der sammen med Kundens eksisterende it-miljø, Leverandørens anvisninger om ændringer heri og krav til Kundens medvirken, opfylder Leverancebeskrivelsen og Kontrakten i øvrigt.”

Som anført i *Praktisk aftaleret*, s. 375, bygger K02 på den såkaldte “vandfaldsmodel”, der betragter it-systemudvikling som en på forhånd planlagt proces, der konstant flyder fremad gennem en række faser, der kan aflæses i en aftalt tidsplan: Kravspecifikation, løsningsbeskrivelse, design, implementering, afprøvning, integra-

*Vandfaldsmodel-
dellen*

tion og vedligeholdelse. Dette princip er kun blevet modificeret på enkelte områder, herunder i de særlige vilkår, som hjemler ensidigt fastsatte ændringer.

Den agile udviklingsmodel

Vanskelighederne ved på forhånd at planlægge en systemudvikling har ført til et pres for endnu større fleksibilitet i udviklingsprocessen. Dette pres har ført til fremkomsten af en ny standardkontrakt, *K03*, der bygger på den såkaldt *agile* udviklingsmodel, hvor kravene til systemudviklingen fastlægges i et løbende samarbejde mellem parterne. Se hertil *Henrik Udsen: IT-kontaktret* (2014), s. 76 ff., og *Praktisk aftaleret*, s. 376. Filosofien bag denne model er bl.a., at der i den løbende tilrettelæggelse af udviklingsarbejdet skal lægges mindre vægt på systemet funktionelle krav og mere på de gevinster hos kunden, der kan realiseres.

5.4.d. Leverandørens ydelse

Typer af ydelser

En it-systemudvikling kan rumme en mangfoldighed af delydelser, som ikke nødvendigvis skal præsteres af leverandøren: Maskinel, lokaleindretning, kabelføring, programmel, programudvikling, information (rådgivning, levering af manualer, undervisningsydelser mv.), vedligeholdelse og optioner med henblik på fremtidige anskaffelser. Uanset ydelsens art må koncipisten nøje sætte sig ind i, *hvilke* funktioner systemet skal opfylde, og *hvordan* disse funktioner tænkes hidført. Umiddelbart kan det måske føles som et urimeligt krav til en juridisk rådgiver således at skulle tilegne sig teknisk viden, men kravet er uomgængeligt.

Systemtænkning

I denne tværfaglige opgave kan man anskue "it-systemet" som en *totalitet* bestående af *komponenter*, der er sammensat i overensstemmelse med visse tekniske og organisatoriske *lovmæssigheder* og *forudsætninger* med henblik på at udføre visse *funktioner*, se hertil generelt *IT-retten*, afsnit 2.3. Efter denne betragtning kan koncipisten f.eks. enten beskrive ydelsen som en *funktion*, som leverandøren skal præstere (og dokumentere præsteret ved en afleveringsprøve), eller som en *komponent*, hvis objektive egenskaber kan konstateres umiddelbart. Funktionsbeskrivelser giver anledning til størst konciperingsudfordringer, som typisk må løses med rådgiverbistand.

Funktionsbeskrivelser

En *funktionsbeskrivelse* kan være formuleret i mere eller mindre teknisk terminologi. *Tekniske funktionsbeskrivelser* kan f.eks. angive

processor- og lagerkapacitet. Men beskrivelsen kan også tage udgangspunkt i systemets *brugerdialog*, f.eks. defineret ved alment karakteriserede opgaveløsninger, svartider eller brugergrænseflader. Som anført ovenfor s. 284 f. kan ydelsen også beskrives gennem henvisninger til en *produktbetegnelse*. Kun hvor der er fuld vished om, hvilke funktioner der gemmer sig bag en *betegnelse*, bør aftalen anvende *produktnavne* i beskrivelsen af præstations-handlingen. En sådan beskrivelse vil nemlig indebære, at leverandøren har præsteret aftalt ydelse, så snart det leverede svarer til betegnelsen. I praksis vil funktionsbeskrivelser derfor indgå side om side med hevisninger til de enkelte produktbetegnelser.

De funktioner, der defineres i relation til svartider, rummer et særskilt problem. En svartid beror nemlig på, hvordan systemet anvendes. Skal systemets funktioner kunne anvendes samtidigt af *flere brugere*, må kravene til svartider for det første præcisere de relevante *målepunkter* (f.eks. det tidspunkt, hvor et skærmbillede er bygget helt op; det tidspunkt, hvor terminalen påbegynder modtagelse af en fil etc.), og for det andet de *tekniske vilkår* for svartidsmålingen (f.eks. at funktionerne A, B og C ikke afvikles samtidig, at der kun er koblet X antal brugere op på systemet etc.). Hvis en uenighed herom blokerer for gennemførelsen af en afleveringsprøve, se hertil s. 291 f., kan aftalen henskyde den endelige afgørelse heraf til såkaldt *bindende konstatering*, se hertil s. 293 f., og *Praktisk aftaleret*, s. 449 f.

Undertiden beskrives den aftalte funktion som en procentuel driftseffektivitet, beregnet efter forholdet mellem en faktisk målt tilgængelig driftstid og den aftalte driftstid. Driftseffektiviteten anvendes da som grundlag for leverandørens *garanti*. Denne metode forudsætter, at brugeren fører nøje dagbog (“log”) over sin systemanvendelse. Ligeledes må det præciseres, hvor tærsklen ligger for de mindre u hensigtsmæssigheder mv., der må tolereres, fordi al it rummer fejl. Garantien må i alle tilfælde betinges af, at tekniske eller betjeningsmæssige forhold overholdes. Fejlbe-tjening må kunden selv bære risikoen for. Garantiperioden angives ofte til en periode på mellem 6 måneder og 1 år beregnet fra godkendt (“bestået”) overtagelsesprøve.

Stort set alle delkomponenter i et it-system er genstand for immaterialretlig beskyttelse i form af f.eks. ophavsrettigheder (til programmel), patenter (til programmel og maskinel) og vare-

Svartider

Driftseffektivitet

*Immaterial-
rettigheder*

mærkerettigheder, jf. oversigten i afsnit 7.3. Kundens ret til at benytte det leverede system forudsætter derfor, at der foreligger fornødne tilladelser fra de involverede rettighedshavere. Som en del af sin ydelse må leverandøren sørge for, at kunden udstyres med de licenser, der er nødvendige for at kunne opnå den aftalte funktionalitet.

Denne retsstilling er i øvrigt reflekteret ved reglerne i OPHL §§ 36-37 og § 19, der i mangel af aftale (og i henseende til § 37 på trods af aftale, jf. stk. 3) giver brugeren ret til at benytte programmet til sine *forudsatte formål* samt til frit at overdrage programeksemplaret til tredjemand. Den leverandør, der ønsker at fravige disse regler, har “bevisbyrden” for, at dette ønske er beskyttelsesværdigt. Men kundens interesser kan gå videre. Det kan således være nødvendigt og relevant for kunden at kunne ændre driftsform ved f.eks. at *flytte* systemet eller ved at lade det *betjene* (“drifte”) ved en tredjepart (f.eks. i forbindelse med administrativ outsourcing), se hertil 302 f.

5.4.e. Kundens forpligtelser

*Brugerens
medvirken*

I en it-overdragelse skal kunden ikke blot *betale* det aftalte vederlag, hvad enten det former sig som en købesum, licensafgift eller vedligeholdelsesafgift mv. Kunden forventes også at medvirke i dele af opfyldelsesprocessen. I løbet af *udviklingsforløbet* består denne medvirken bl.a. i at deltage i de projektgrupper mv., som skal specificere de nærmere krav til det leverede. I den forbindelse skal kunden bl.a. afgive en række tekniske oplysninger mv. Inden *leveringen* skal kunden have indrettet sine lokaler med f.eks. elektricitet og ventilation, så systemet kan installeres og tages i brug. Opfylder kunden ikke disse forpligtelser, foreligger der *fordringshavermora*, se hertil *Lærebog i Obligationsret I*, s. 189 ff. og 278 ff. Retsvirkningen vil normalt være, at leverandørens ikke-opfyldelse af pligter (herunder til at levere på bestemte tidspunkter), der kan tilskrives fordringshavermoraen, ikke betragtes som misligholdelse.

I K02 pkt. 4, stk. 3, hedder det f.eks., at “såfremt Kundens it-miljø ikke opfylder [kravene til kundens it-miljø], frigøres Leverandøren fra at opfylde krav til Leverancen, vedligeholdelse eller eventuel Drift i det

omfang, det er begrundet i Kundens manglende opfyldelse af Leverandørens forudsætninger som angivet i bilag 2.”

Når det gælder betaling, adskiller aftaler om it-udvikling sig ikke nævneværdigt fra andre transaktioner med komplicerede betalingsforhold, jf. herom afsnit 5.1.d. om sammenknytningen med afleveringsprøven. Strækker en udviklingsaftale sig over længere tidsrum, betales der typisk i etaper. Vilkår herom fastsættes da i et bilag (“betalingsplan”). Som anført i *Praktisk aftaleret*, afsnit 8.1., bør aftalen også tage stilling til konsekvenserne af kundens manglende betaling.

Betalingsforpligtelsen

Kundens pligt til at give leverandøren mulighed for at præstere sin ydelse går først og fremmest ud på at sikre de ydre *fysiske rammer* for systemet, f.eks. lokaleindretning, strømforsyning, etablering af dataforbindelser, elektromagnetisk afskærmning, ventilation og varme. *Kabelføringen* kan selv for relativt små installationer være uventet bekostelig. Det gælder navnlig, når systemet forudsættes at kommunikere via kabel fra en central enhed og frem til den enkelte medarbejders arbejdsplads. I dag kan en stor del af denne datakommunikation varetages af trådløse kommunikationsnet.

Indretning mv.

Et andet særligt problem knytter sig til den konvertering af data fra ét format til et andet, der er nødvendig, når udviklingsprojektet indebærer, at man skifter it-plattform. For at sikre den mest gnidningsfrie konvertering bør det aftales, hvem der står for konvertering af data. Data, der skal konverteres, kan i sagens natur først lægges ind i systemet efter konverteringen. For at undgå flaskehalsforsinkelser må det afklares, hvor længe konverteringen skal vare.

Konvertering

5.4.f. Andre reguleringstemaer

En it-aftales varighed beror først og fremmest på brugerens formål. Køb af et standardprogram ledsages typisk af en tidsubegrænset og uopsigelig licens, jf. OPHL § 36, hvilket netop gør denne transaktion sammenlignelig med løsørekøb, jf. diskussionen i afsnit 5.4.b. Beror værdien af det erhvervede på leverandørens bistand *efter* afleveringen, gør modstående hensyn sig gældende. Kunden vil ønske en lang uopsigelighed, i hvert fald så lang som den forventede afskrivningsperiode. Leverandøren

Varighed og ophør

vil derimod ønske at kunne frigøre sig i takt med, at hans virksomhed orienterer sig mod andre teknologiske løsninger, hvilket ofte sker inden for en kortere periode. Det kan være belastende for en programleverandør at skulle vedligeholde et program, han ikke længere markedsfører.

Disse to modstående interesser kan ofte afbalanceres ved, at leverandøren pålægger kunden at aftage *nye versioner* af programmet, som leverandøren herefter vedligeholder. Dermed undgår leverandøren at skulle vedligeholde en flerhed af gamle versioner. En sådan pligt bør kunden omvendt kun påtage sig, hvis ikke det er forbundet med besvær eller omkostninger at skulle implementere disse versioner (f.eks. installationsudgifter, udgifter til opgradering af maskinel, personaleomlægninger eller efteruddannelse). Denne mellemløsning vælges ofte i aftaler om *vedligeholdelse*, se herom i afsnit 5.5.

*Opgraderinger
mv.*

En it-overdragelse vil typisk gøre kunden afhængig af leverandøren i systemets levetid, og ofte også i en periode derefter (f.eks. hvis der efter skrotning af systemet opstår behov for at læse data fra det). Derfor kan valget af leverandør eller teknisk løsning *de facto* binde kunden til en enkelt leverandør. Da der er store omkostninger ved at skifte platform, bør aftalen ved *optioner* eller i det mindste *hensigterklæringer* give kunden mulighed for at opgradere det leverede. Leverandøren vil som regel være parat til at levere sådanne opgraderinger. På den anden side vil leverandøren som sagt ikke være interesseret i at binde sig til at opgradere et produkt ud i al fremtid. Han har naturligt fokus på sine nye teknologiske produkter, som han helst ser, at kunderne flytter over (“migrerer”) til. En aftale om opgradering må derfor tage stilling til, hvilke spilleregler der skal gælde for sådanne senere leverancer. Navnlig må kunden sikre sig imod, at leverandøren misbruger afhængighedsforholdet til at sikre sig en ubillig fortjeneste i en sådan efterfølgende aftaleforhandling, se hertil redegørelsen i Konkurrenceredegørelse 2000, kapitel 5, s. 157 ff.

*Ansvar og
sanktioner*

På grund af de tekniske opfyldeshindringer, der ofte viser sig ved levering af it-systemer, har it-aftalepraksis altid haft tradition for ansvarsfraskrivelser. Som i andre dele af den kommercielle aftaleret er det almindeligt, at it-leverandøren fraskriver sig ansvar for *indirekte tab*. Tidligere forekom også videregående ansvarsfraskrivelser for vidt forskellige typer af opfyldeshin-

dringer. I dag er der en tendens til, at it-leverandører påtager sig risici for stadigt flere af de uforudsete omstændigheder, der kan stå i vejen for udviklingsprojektet. Det sker bl.a. gennem regler, der knytter opfyldelsen til bestemte servicemål og driftseffektivitet (jf. ovenfor) kombineret med faste målepunkter for, hvornår systemet fungerer korrekt (f.eks. svartider og tilgængelighed målt på enkelte databehandlingsfunktioner).

I overensstemmelse med de principper, der har vundet udbredelse i entrepriseretten samt i aftaler om maskinel og produktionsudstyr (jf. herom afsnit 5.3.), vil overdrageren typisk ønske at begrænse sin indeståelse for det leveredes kvalitet således, at han kun skal *afhjælpe* opståede fejl, jf. *Praktisk aftaleret*, afsnit 8.4.d., om disse såkaldte *maskinklausuler*. Misligholdelse af en sådan afhjælpningspligt giver da brugeren ret til at påberåbe sig de almindelige erstatningsretlige regler, jf. f.eks. *U 1975.339 SH*. En afhjælpningspligt kan også følge af en *vedligeholdelsesaftale*, jf. herom afsnit 5.5. I sådanne aftaler bortfalder vedligeholderens pligt derimod almindeligvis, hvis kunden selv har foretaget rettelser eller ændringer i systemet. Hvis andre ændrer i systemet, ødelægges eller ændres måske afgørende detaljer og dermed leverandørens muligheder for at kunne vedligeholde.

Vedligeholdelse af programmel forudsætter adgang til programmet i dets såkaldte *kildetekstversion*, dvs. den version, der kan læses og rettes af programmører (i modsætning til den *objektcodeversion*, som brugeren traditionelt præsenteres for, som kun kan læses af computeren, og som brugeren kun kan udvirke ændringer i inden for funktionsområder, som udtrykkeligt er gjort åbne for brugeren). Af en række grunde, hvoraf risikoen for plagiering af programmet spiller den væsentligste rolle, ønsker mange programrettighedshavere (heri *ikke* indbefattet de såkaldte *open source*-leverandører) at holde kildetekstversionen af et program for sig selv. Brugeren får kun licens til objektcodeversionen og er derfor afhængig af leverandøren (rettighedshaveren), hvis der opstår programfejl, eller hvis brugeren ønsker tilpasninger i programmet. Ved at basere behovet for fremtidigt at kunne tilpasse systemet på en kontakt med leverandøren, kommer brugerens it-drift til at stå og falde med leverandørens eksistens. Går leverandøren konkurs, vil kildeteksten optræde som et af de aktiver i bomassen, som boets kurator vil ønske at disponere over

Kildetekst

bedst muligt. Disse dispositioner vil ikke nødvendigvis være i brugerens interesser.

Deponering

For at sikre sig herimod samt i øvrigt mod leverandørens eventuelle væsentlige misligholdelse af pligten til at vedligeholde og opdatere brugerens program kan parterne aftale, at leverandøren eller rettighedshaveren skal *deponere* et eksemplar af den kildetekst (og anden dokumentation), der ligger til grund for systemet i sin aktuelle skikkelse hos en tredjemand. I tilfælde af konkurs, væsentlig misligholdelse eller andre forhold, der afskærer vedligeholderen fra at præstere sin ydelse, kan kunden herefter skaffe sig adgang til det deponerede og derigennem selv udføre den pågældende vedligeholdelse eller mangelsafhjælpning.

En sådan deponering rummer et kompliceret trepartsforhold, først og fremmest fordi et krav om frigivelse af en deponeret kildetekst sjældent vil fremkomme i enighed mellem parterne. Rettighedshaveren (deponenten) vil på sin side hævde, at en frigivelse af kildeteksten vil kompromittere hans erhvervshemmeligheder, og vil med henvisning hertil true depositaren med erstatningskrav for uhjemlet frigivelse. Brugeren vil gøre gældende, at en manglende frigivelse fratager it-systemet dets funktionalitet på grund af manglende fejlrettelse, og vil derfor også true depositaren med erstatningskrav. Derfor er det et centralt punkt i deponeringsaftalen, hvornår depositaren *må* henholdsvis *skal* udlevere kildeteksten. For det første må deponeringsaftalen definere, hvornår der foreligger misligholdelse i relation til et krav om udlevering af kildetekst (et begreb, der ikke nødvendigvis svarer til det, der gælder for parternes indbyrdes retsforhold). Dernæst bør aftalen ledsages af en konfliktløsningsprocedure, der hurtigt kan skabe klarhed om, hvorvidt betingelserne for at udlevere det deponerede er til stede, se hertil *IT-retten*, afsnit 4.4.c. Advokater, revisorer, banker eller andre parter, der ikke har særlig it-ekspertise, kan stå over for ubehagelige risici ved at optræde som depositar vedrørende en kildetekst. Parterne bør i stedet søge deponeringen gennemført ved et *deponeringsinstitut* i eller uden for Danmark, der har de fornødne retlige og tekniske forudsætninger for at løse opgaven.

Retsmangler

Parterne bør aftaleregulere risikoen for, at det overdragne viser sig at krænke tredjemands bedre *immaterielle ret* over systemet. Ofte vil leverandøren afgive forskellige former for garantier for,

at der ikke består sådanne rettigheder, og det er let at argumentere for dem: Et tredjemandskrav gjort gældende mod brugeren i form af et *midlertidigt forbud* afskærer jo den aftalte brug og stiller dermed brugeren i samme situation, som hvis systemet slet ikke var leveret. Da tredjemandskravet omvendt ikke forhindrer brugeren i at besidde systemet og bruge det på andre måder, foreligger der ikke fuldstændig vanhjemmel, der (i mangel af aftale) ville bringe det objektive erstatningsansvar i KBL § 59 i anvendelse. Derfor gælder det om at finde aftaleløsninger, der tilgodeser brugerens interesse i at opnå aftalt ydelse og leverandørens interesse i at kunne få en retlig prøvelse af tredjemandskravet. Se nærmere om disse aftaleløsninger og om den baggrundsretlige regulering *Praktisk aftaleret*, afsnit 8.1.e.

It-kunden kan reducere sin afhængighed af leverandøren ved at sikre sig en ret i aftalen til at tilkøbe ydelser, der ikke var omfattet af den oprindelige leverance. En sådan ret vil normalt være formuleret som en *option*, der fikserer vilkår og vederlag for at udnytte optionen, samt fremgangsmåden i den forbindelse. Se generelt om optioner *Praktisk aftaleret* afsnit 1.3.d. De nærmere vilkår for udøvelsen af sådanne tilkøbsoptioner indarbejdes typisk i et bilag til aftalen.

Tilkøb

5.5. Teknisk vedligeholdelse

5.5.a. Problemstillingen

Et produktionsapparat slides og forældes, når det benyttes, og mister før eller siden sin oprindelige funktionalitet. Derfor må det holdes ved lige. Mange virksomheder kan selv udføre denne vedligeholdelse, som f.eks. forudsat i NL92, pkt. 4, men i takt med den stigende outsourcing vælger stadig flere at lægge opgaven i hænderne på leverandører med særlige forudsætninger, enten som en del af udstyrsanskaffelsen eller ved separat aftale. En vedligeholdelsesydelse kan derfor være et element i leverandørens *afhjælpning*, et element i leverandørens *indeståelse* for særlige funktioner eller en *selvstændig transaktion* med en vedligeholder, der ingen relation har til den oprindelige anskaffelse. Genstanden for vedligeholdelsen kan være et *samlet* produktionsapparat eller *dele* heraf. Det sidste kan navnlig være aktuelt, når produktionsapparatet er opbygget i moduler, der bygges sammen til større

helheder (f.eks. et transportbånd leveret af A og en flaskerense-maskine leveret af B).

Vedligeholdelse handler ikke alene om at afhjælpe fejl, men også om at tilpasse det ændrede forhold. Et regnskabssystem må f.eks. tilpasses ændrede afgiftsregler eller rentesatser.

Vedligeholdelsesformer

Begrebet vedligeholdelse dækker alle de tjenesteydelser, der tilgodeser virksomhedens interesse i at have et funktionsdygtigt produktionsapparat. Man sonderer mellem forebyggende og afhjælpende vedligeholdelse. Den *forebyggende vedligeholdelse* har til formål at undgå, at fejl og uhensigtsmæssigheder opstår. *Afhjælpende vedligeholdelse* tilsigter at fjerne opståede fejl mv., typisk således at kunden bestiller reparation, efterhånden som fejlene viser sig. En *supplerende vedligeholdelse* tager sigte på forhold, der ikke var omfattet af den oprindelige vedligeholdelsesordning mellem kunden og vedligeholderen, men som det af forskellige grunde kan være praktisk, at leverandøren påtager sig som supplement hertil.

Hvor håndfast vedligeholderen bør forpligtes over for kunden, beror på, hvor afgørende det er for kunden, at netop *denne* vedligeholder forestår opgaven. Visse typer af udstyr – f.eks. biler og husholdningselektronik – kan vedligeholdes af enhver fagperson. Andre former for teknisk udstyr fungerer efter teknikker, der kun kendes af særligt indviede, f.eks. programmel, hvor fejl rettes gennem omprogrammering.

5.5.b. Retsgrundlaget

En vedligeholdelse kan enten være en særlig *tjenesteydelse* eller et *appendiks* til en aftale af anden art (f.eks. et køb). Rubriceringen er både afgørende for valget af baggrundsret og for retsvirkningerne ved misligholdelse. Kravene til en vedligeholdelse, der præsteres på grundlag af særskilt aftale, beror på dennes indhold og, i mangel af aftaleregulering, på parternes typiske og kendelige forudsætninger og almindelige obligationsretlige grundsætninger. Beror pligten til at præstere ydelsen på et andet regelsæt (f.eks. regler, der pålægger leverandøren en afhjælpningspligt), gælder disse regler, se til illustration *U 1975.339 SH*, hvor en misligholdt afhjælpningspligt satte en klausul om leverandørens ansvarsfritagelse ud af kraft, og bemærkningerne hertil i *Lærebog i obligationsret I*, afsnit 8.4.e. Indgås vedligeholdelsesaftalen i tilknytning

til en aftale om anskaffelse, bør kunden insistere på, at begge aftaler indgås samtidig. Er kunden *afhængig* af vedligeholdelsen, vil en efterfølgende forhandling af denne aftale give leverandøren en urimeligt stærk forhandlingsposition.

5.5.c. Aftalepraksis

ORGALIME har i 2000 udsendt en revideret version af sine “General conditions of maintenance” (M2000). Disse vilkår tager primært sigte på producenter af elektrisk, elektronisk og mekanisk produktionsudstyr, som anmodes om at vedligeholde sådant udstyr. Dokumentet forudsætter, at der betales efter regning for den enkelte vedligeholdelsehandling. I 2002 har ORGALIME udsendt et sæt “General conditions for the repair of machinery and equipment” (R02), herefter kaldt ORGALIME’s reparationsaftale. Også den baseres på et princip om betaling efter regning.

*Maskin-
industrien*

De nordiske industriorganisationer, herhjemme repræsenteret ved Dansk Industri, har i 2006 udsendt to sæt almindelige betingelser, henholdsvis for *vedligeholdelse og reparation* (NU 06) og for *reparation* (NR 06). NU06 regulerer kun afhjælpende vedligeholdelse i form af fejlfinding, reparation, levering og installation af reservedele og funktionskontrol. Aftalen sigter på maskiner. NR06 omhandler reparationer, der ikke er baseret på en løbende betaling, men derimod på betaling efter regning efter overslag (pkt. 11).

Som nævnt ovenfor i afsnit 5.1.f. kan brugeren afdække sit tekniske afhængighedsforhold til it-leverandøren ved at indgå aftale med leverandøren eller en af denne anvist tredjepart om vedligeholdelse af udstyret i dets økonomiske levetid. I *K18*, pkt. 4, næstsidste stk., påtog leverandøren sig vedligeholdelse i 7 år regnet fra overtagelsesdagen. Med *K01* (pkt. 13, stk. 3), *K02* (pkt. 26.1, stk. 1) og *K03* (pkt. 26.1) reduceres denne periode til 4 år efter overtagelsesdagen. De nærmere regler om vedligeholdelse findes i et bilag til disse standardkontrakter. Heri sondres bl.a. mellem vedligeholdelse af *udstyr, programmel og dokumentation*.

It

5.5.d. Fælles reguleringstemaer

Vedligeholdelsesaftalen må angive *indholdet* af den tekniske bi-stand mv. (f.eks. telefonisk support, fjernafhjælpning gennem

Ydelsen

direkte onlineopkobling fra leverandøren mv. eller teknisk support på stedet) og de *tidsrammer*, inden for hvilke bstanden skal være præsteret. Ligeledes kan det være relevant at aftaleregulere vedligeholderens *beredskab* for at sikre sin mulighed for at vedligeholde (f.eks. opretholdelse af reservedelslager, løbende eftersyn og aftenstning mv.). Undertiden påtager leverandøren sig herudover bstand af *generel karakter* til en såkaldt brugergruppe, dvs. et forum, hvor brugere af det pågældende system samles og udveksler erfaringer om brugen af deres produktionsudstyr.

Tilrettelæggelse

Leverandøren bør sikre sig, at grundlaget for vedligeholdelsen ikke ændrer sig med den konsekvens, at opgaven med at vedligeholde bliver en anden end forudsat. Vedligeholdelsesordningen vil derfor normalt være betinget af, at kunden har erhvervet det nødvendige grundudstyr (for it-systemer f.eks. den seneste programversion), jf. bemærkningerne herom s. 320. Pligten til at vedligeholde bortfalder normalt, hvis brugeren selv har foretaget eller har ladet foretage ændringer i systemet.

Vedligeholdelse ved køb

Indgås vedligeholdelsesaftalen samtidigt med købet af udstyret, vil koncipisten kunne henvise til ydelsesbeskrivelsen i den aftale, der danner grundlag for dette køb. Aftalen om køb og vedligeholdelse, indgår dermed i et *aftalekompleks*, hvor der må være harmoni mellem leverandørens pligter i udstyrsleverancen henholdsvis i vedligeholdelsesordningen. Det kan f.eks. ske ved at frigøre leverandøren for sælgeransvar med henvisning til, at dette ansvar påtages i vedligeholdelsesordningen, eventuelt således at vedligeholdelsesaftigten nedsættes i den periode, hvor det vedligeholdte alligevel ville være omfattet af en produktgaranti. Det bør også anføres, at leverandørens misligholdelse af vedligeholdelsespligten betragtes som en misligholdelse af den oprindelige leveringspligt.

Fritstående vedligeholdelse

I en fritstående vedligeholdelsesordning (hvor vedligeholderen ikke også er leverandør) må koncipisten gå frem efter tilsvarende principper som ved anskaffelser. De nødvendige tekniske krav til vedligeholdelsen bør her nedfældes i et bilag, der f.eks. definerer forskellige “klasser” af vedligeholdelse (f.eks. med forskellige typer af tjenester) og inden for hver klasse “*service levels*” (der f.eks. fastslår, hvor hurtigt vedligeholdelseshandlingen skal være påbegyndt efter fejlmelding). Ligeledes bør parterne aftale, hvorledes der betales for den vedligeholdelse, der nødvendigvis må præsteres på ubekvemme tidspunkter.

En vedligeholdelsesaftale bør tage stilling til, *hvornår* vedligeholdelse udføres. Dette spørgsmål kan være lige så kritisk for brugeren, som leveringsterminen er det i køb. I begge tilfælde kan defekten afskære brugeren fra produktionsapparatet. Da defekter kan have vekslende styrke, kan det være hensigtsmæssigt at aftale forskellige reaktionstider for forskellige typer af udstyr og funktioner.

Tidsrammer

Vedligeholdere vederlægges som regel med et *fast beløb* for at stå til rådighed, uanset hvilke vedligeholdelseshandlinger der udføres. Dette vederlag kan f.eks. udmåles i forhold til værdien af det vedligeholdte udstyr. Aftalen får dermed karakter af en forsikringsaftale, hvor vederlaget er en “forsikringspræmie”. Ifølge FIL § 11 skal virksomheder, der udøver forsikringsvirksomhed, herunder genforsikringsvirksomhed, have tilladelse som forsikringsselskab eller captivegenforsikringsselskab, jf. dog §§ 30 og 31. Efter almindelig sprogbrug omfatter begrebet “forsikringsvirksomhed” dispositioner, der går ud på at overtage en økonomisk risiko for en uvis begivenheds indtræden mod et vederlag – hvad enten dette er løbende eller forudbetalt som et engangsvederlag – der kan beregnes statistisk, se hertil *Henning Jønsson & Lisbeth Kjærgaard: Dansk forsikringsret*, 9. udg. (2012) s. 60, *Ivan Sørensen: Forsikringsret*, 5. udg. (2010), s. 35 ff., og *Børge Dahl & Møgelvang-Hansen* (1985) s. 113 ff. Derfor vil ordninger, hvor der betales et fast beløb for vedligeholdelsen, normalt skulle afdekkes forsikringsmæssigt. Se hertil *Merete Hjetting, Thomas Kjølner, Marianne Simonsen & Malene Stadil: Lov om finansiel virksomhed – med kommentarer* (2007), s. 82 ff., og Erhvervsankenævnets kendelse af 19. november 1997 (j.nr. 9745.092, tilgængelig på <http://www.eogs.dk>), der drejede sig om en såkaldt treårig udvidet servicegaranti ydet af en virksomhed mod fast betaling (hvoraf en fjerdedel tilfaldt forhandleren).

Betaling

Baseres vedligeholdelsesordningen på en abonnementsbetaling, må dens indhold nærmere præciseres. Denne beskrivelse er ikke helt så kritisk, når vedligeholdelsen afregnes *efter regning*. I så fald oppebærer vedligeholdere betaling, når han vedligeholder, og kun da.

Vedligeholdere kan have en særlig interesse i at overlade udførelsen af vedligeholdelsen til en tredjepart, f.eks. en underleverandør. En sådan løsning vil i alle tilfælde være praktisk, hvis

vedligeholderen befinder sig fjernt fra kunden (som tilfældet er ved levering af særligt avanceret produktionsudstyr). I så fald vil vedligeholderen typisk have indgået et samarbejde med en lokal repræsentant, der står for disse praktiske opgaver.

Reservedele

Kundens behov for vedligeholdelse bør afgrænses over for hans behov for at erhverve de reservedele, som indgår i udstyret. *Forbrugsartikler* vil normalt aldrig være omfattet af vedligeholdelsen. De fleste former for vedligeholdelse involverer reservedele, der er specifikke for det vedligeholdte udstyr, og som kun kan leveres af udstyrsproducenten. Derfor er det vigtigt for kunden hurtigt og effektivt at kunne få adgang til disse reservedele. Da leverandørens interesse i at producere og ikke mindst lagere sådanne stumper svinder, i takt med at udstyret går ud af produktion som følge af teknisk forældelse, bør denne forsyningsadgang sikres. Har leverandøren påtaget sig en pligt til at vedligeholde, må leverandøren også *sikre levering* af de nødvendige reservedele. Derimod kan det stå til diskussion, hvilket *leveringsberedskab* vedligeholderen skal opretholde for sine reservedele. Skal en lokal distributør af udenlandsk udstyr f.eks. opretholde reservedelslagre i hvert land? I hver landsdel? By? Svaret må bero på produktionsanlægget, dets værdifølsomhed, muligheden for at omgå fejl samt på fejlrisikoen.

5.5.e. Afhjælpende vedligeholdelse

Ydelsens indhold

En aftale om afhjælpende vedligeholdelse må præcisere, under hvilke omstændigheder leverandøren skal udføre vedligeholdelsen, herunder *hvordan* og hvor *hurtigt*. Erfaringsmæssigt skyldes mange driftsmæssige problemer betjeningsfejl. Derfor vil det være naturligt, at vedligeholderen konsulteres inden et eventuelt teknikerbesøg for at kunne vejlede brugeren frem til at opnå den ønskede funktionalitet. I dag vil teknisk udstyr ofte kommunikere digitalt, og denne kommunikation kan sættes op sådan, at systemet kan fjernovervåges *online* af vedligeholderen. Herved kan vedligeholderen få kendskab til den historik (*log*), som er registreret i systemet med nærmere detaljer om, hvordan driftsproblemerne er forløbet. Mange problemer kan afhjælpes online, f.eks. ved at vedligeholderen ændrer tekniske parametre, afkobler delsystemer, tilføjer småprogrammer eller ændrer i programmer. Bærer disse bestræbelser ikke frugt, hvorved et teknikerbe-

søg bliver nødvendigt, kan denne indledende diagnostik sikre, at teknikeren medbringer de nødvendige værktøjer og reservedele.

Fordi manglende funktionsduelighed ofte skyldes *fejlbetjening*, vil vedligeholderen ofte fraskrive sig ansvar for følgerne heraf. Et væsentligt tema i den forbindelse er, om vedligeholderen skal kunne opkræve honorar for den tid, der er medgået med en forgæves vedligeholdelseshandling, der havde årsag i en sådan fejlbetjening. I mangel af særskilt aftaleregulering kræves nok et særligt grundlag for at fastslå en sådan særskilt ret til vederlæggelse, hvis ikke fejlbetjeningen har karakter af grov uagtsomhed, herunder tilsidesættelse af tydeligt markerede sikkerhedsforskrifter for brugen af udstyret.

Brugerfejl

Et andet spørgsmål angår vedligeholderens pligt til at afhjælpe *småfejl*, som kun giver mindre eller ingen gene for brugeren. Hvis sådanne fejl indgår i programmel, der løbende forudsættes vedligeholdt, vil brugerens interesser kunne tilgodeses med en pligt for leverandøren til efter bedste evne at forsøge at omgå og rette fejlen i en senere udgave. Denne ordning tilvejebringes gennem en såkaldt *maskinklausul*, se hertil *Praktisk aftaleret*, s. 408, og *Lærebog i obligationsret*, afsnit 8.4.e.

Bagatelgrænse

5.5.f. Forebyggende vedligeholdelse

Forebyggende vedligeholdelse tilsigter ikke at afhjælpe fejl ved udstyret, men at fjerne årsagerne til, at fejl opstår. Derfor bør aftalen fastslå, *hvor ofte* vedligeholdelsen skal præsteres. Bilag 10 til *K18* foreslår, at forebyggende vedligeholdelse skal ske 4 gange årligt (pkt. 2.1). Det tilsvarende bilag til *K01* (bilag 7, pkt. 2.2.1) lader spørgsmålet stå åbent. I overensstemmelse med den samarbejdsform, der ligger til grund for *K03*, forudsætter den hertil hørende vedligeholdelsesaftale (bilag 10), at parterne i løbet af vedligeholdelsesperioden afholder vedligeholdelsesmøder, der har til formål at sikre et fælles overblik over leverancens tilstand, se hertil pkt. 2.2. i den bilagliste, der hører til *K03*.

Dernæst må det aftales, hvad vedligeholdelsen skal gå ud på. Den behøver ikke fremstå som en fysisk-faktisk reparation. Selve påpegningen af et forhold, der nødvendiggør forholdsregler (f.eks. vedrørende andet udstyr end det vedligeholdte), kan være tilstrækkelig. Vedligeholderen vil ofte ønske at tilrettelægge sine vedligeholdelsesbesøg i turnéer for dermed at spare rejseomkost-

ninger. Med sigte herpå kan det være relevant at give kunden et passende *varsel* om hvert besøg.

Visse former for teknisk fejlretning har samme betydning for alle brugere af et produktionsanlæg. Vedligeholderen vil derfor have interesse i at rette sådanne fejl over for alle sine kunder. Også det kan ske som led i en forebyggende vedligeholdelse.

5.5.g. Supplerende vedligeholdelse

Supplerende vedligeholdelse angår forhold, der ikke var omfattet af den oprindelige vedligeholdelsesordning. Leverandøren forpligtes her til (1) at gøre kunden opmærksom på behovet herfor samt (2) at udføre den efter kundens anmodning. Aftalen kan for så vidt siges at manifestere en særlig påpasselighedspligt mellem dens parter. En sådan vil ofte i forvejen følge af den almindelige loyalitetspligt.

5.6. Fast ejendom

5.6.a. Kendetegn

Som ydelse betragtet kendetegnes fast ejendom ved på en gang at være klart *definerbar* (der hersker sjældent tvivl om, *hvad* aftalen angår), samtidig med at ydelsens kvalitet i afgørende henseender kan være ret så *ukendt* (f.eks. i henseende til den tekniske beskaffenhed af bygningsinstallationer eller grundforhold) eller beroende på *offentligretlig regulering* (rådighedsbegrænsninger). Dertil kommer, at fast ejendom typisk repræsenterer *store værdier*. Aftaler om salg af fast ejendom betragtes derfor med rette som risikofyldte. De implicerede værdier nødvendiggør typisk finansiering via tredjeparter, hvorved aftalen skal forholde sig til retlige og økonomiske risici i forholdet til disse tredjeparter. Fordi transaktionen er så indarbejdet, og reguleringsproblemerne så velkendte, kan man i vidt omfang støtte sig til *standardaftaler*. Aftaledannelsen understøttes dernæst af lovregulering på væsentlige områder, herunder med reglerne i lejelovgivningen, i lov om formidling af fast ejendom (“ejendomsmæglerloven”) og i lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom.

5.6.b. Retsgrundlaget

Fast ejendoms retsforhold er genstand for intens regulering i forskellige dele af lovgivningen. Nogle love regulerer retsforholdet mellem ejere og brugere af ejendommen (lejeloven, erhvervslejeloven, boligreguleringsloven og lov om almene boliger). Andre tager sigte på kontrollen med ejendommens kvalitet (bygningslovgivningen). Endnu andre regulerer de lokale eller regionale samfundsmæssige aspekter af ejendommens udnyttelse (planlovgivningen, landbrugslovgivningen). Og sidst men ikke mindst finder man en del regler, der fungerer som tekniske bindeled mellem disse forskelligartede regelsæt (hertil hører navnlig udstykningsloven og tinglysningsloven).

På grund af de mangfoldige reguleringsregler bør transaktioner om fast ejendom tilrettelægges på en måde, der sikrer parterne mod aftaler, der ikke lovligt kan opfyldes. Ved *tinglysning* af dokumenterne i en ejendomsoverdragelse sker der en vis prøvelse af transaktionens lovlighed, se TL § 15. Herudover bør parterne være opmærksomme på de *skattemæssige* virkninger af overdragelser af fast ejendom.

5.6.c. Sælgers ydelse

TL og udstykningsloven understøtter koncipisten i beskrivelsen af genstanden for en transaktion om fast ejendom. En aftale om overdragelse af fast ejendom vil stort set altid angå *matrikulerede* grunde, bygninger eller ejerlejligheder. § 2 i udstykningsloven (jf. lovbekendtgørelse nr. 1213 af 7. oktober 2013) definerer begrebet “en samlet fast ejendom” som (1) ét matrikelnummer eller (2) flere matrikelnumre, der ifølge notering i matriklen skal holdes forenet. En fast ejendom kan dog også være *umatrikuleret*, enten fordi den ikke er optaget i matriklen, eller fordi den er optaget, men uden matrikelbetegnelse (f.eks. en del af en matrikuleret fast ejendom), lovens § 4. Sådanne ejendomsdele er dog sjældent genstand for overdragelse, men rettigheder over dele af ejendomme kan f.eks. tænkes etableret som led i brugsrettigheder (f.eks. jagtrettigheder eller indvindingsrettigheder).

På grund af sin høje kompleksitet og parternes typisk ringe forudsætninger for at erkende de forhold, der har betydning for ejendommens kvalitet, kan det være risikabelt – for ikke at sige umuligt – at foretage en total risikoafdækning i en transaktion om

fast ejendom. En vis risikoafdækning foreligger med muligheden for at *forsikre* sig mod følgerne af uforudsete bygningsmangler mv., se hertil reglerne om tilstandsrapporter og ejerskifteforsikring i lov om forbrugerbeskyttelse ved salg af fast ejendom.

5.6.d. Købers ydelse

Værdien af en ejendom bestemmes af faktorer af økonomisk (pris og faste ydelser) og ideel (liebhaveri) art. Ved prissætningen spiller markedsforholdene en væsentlig rolle. Man skeler her til prissætningen for ejendomme, der ligner den udbudte i størrelse, kvalitet og beliggenhed. De løbende ydelser påvirker prisdannelsen, fordi anskaffelsen pålægger erhververen en løbende betalingspligt over for tredjeparter, f.eks. kreditorer i henhold til overtagne eller finansierende lån, ydelser til forsyningsselskaber, ejerlaug og ejerforeninger samt løbende skatter og afgifter til det offentlige. Af disse løbende ydelser har det navnlig betydning, hvorledes anskaffelsen finansieres. Der er behov for en langsigtet finansiering, hvor rentesatser og betalingsstruktur må besluttes. Også de skatter og afgifter, der påhviler ejendommen, påvirker købers ydelse.

Transaktionsomkostninger

Foruden købesummen påløber en række transaktionsomkostninger ved handel med fast ejendom: Salær til ejendomsmægler og advokat, annonceringsudgifter (for sælger), evt. udgifter til undersøgelsehandlinger (varmesynsrapport og tilstandsrapport), tinglysningsafgifter, gebyrer til penge- og realkreditinstitutter samt indretnings- og flytteudgifter.

Finansiering

Finansieringen af fast ejendom sikres med tinglysningssystemet. Ifølge hovedreglen i TL § 1 får køberens ejendomsret over den købte ejendom først virkning over for tredjemand, når der er sket tinglysning. Tinglysningen sikrer dermed køberen mod hæftelser, som det efter aftalen ikke er meningen, at han skal overtage. Derfor fastsætter det adkomst- eller lånedokument, som køber fremsender til tinglysning, hvilke hæftelser der skal overtages (som køberen med andre ord "respekterer"). Når denne tinglysning er sket, véd køber præcis, hvilke krav der skal handles af, før han opnår adkomsten eller lånet med de tilsagte byrder og hæftelser, idet disse hæftelser svarer til tinglysningsdommerens *retsanmærkninger*. Ved hjælp af den kontantudbetaling, køber har deponeret (og ofte også ved hjælp af det provenu, der indbringes

ved optagelsen af de nye lån, køberen skulle hæfte for) kan kravene nu indfries, og anmærkningerne slettes.

Når endeligt skøde herefter er tinglyst uden “præjudicerende retsanmærkninger”, dvs. uden at tinglysningsretten har gjort anmærkning om tredjemandsrettigheder, som køberen i henhold til sin aftale med sælger ikke skulle anerkende, kan de tilbageværende deponerede beløb frigives til sælger. Det praktiske arbejde med afflysning og overtagelse af gæld vil parterne som regel overlade til en *berigtigende* advokat, der i denne opgave ofte bistås af sælgers pengeinstitut. Advokatens rolle svarer i nogen grad til den funktion, parterne i visse aftaleforhold udfører i forbindelse med “*closing*”, omend den ikke afvikles under et enkelt møde.

5.6.e. Aftalepraksis

Aftaler om fast ejendom formidles typisk af en ejendomsmægler eller anden ejendomsformidler. Denne har tre opgaver. For det første skal prisen og salgsmulighederne vurderes. For det andet skal en række retlige forhold vedrørende salget afklares (kan ejendommen lovligt sælges, og hvilke bindinger må køber respektere?). Og for det tredje er der et praktisk salgsarbejde (fremvisning, forhandling, aftalekoncipering mv.).

Aftaleslutningen

Disse bistandsydelser præsteres i tre faser. I den første fase, *udbudsfasen*, fastsættes ejendommens pris og udbudsvilkår. Når en køber kommer ind i billedet følger en *forhandlingsfase*, hvor parterne forhandler aftalegrundlaget for transaktionen og – for købers vedkommende – sikrer dens finansiering. Efter aftaleslutningen følger så en *berigtigelsesfase*, hvor de dokumenter, der understøtter transaktionen (skøde, pantebreve, gældsovertagelser mv.), udarbejdes (og – i det omfang forhold ikke er udtømmende reguleret i købsaftalen – forhandles), underskrives og ekspederes (ved tinglysning, registrering, meddelelse etc.). En oversigt over en ejendomshandels typiske forløb findes i betænkning 1110/1987 om tilbagetrædelsesret ved aftaler om køb af fast ejendom og opførelse af bygninger, s. 30 ff., og i betænkning 1276/1994, s. 17 ff.

Medvirker en ejendomsformidler ved salget, indgås aftaler om fast ejendom ved underskrivelse af en købsaftale, der er baseret på en standardformular, som ejendomsformidlerens organisation har udarbejdet med sigte på forskellige typer af ejendomme (f.eks.

fritidshuse, ejerlejligheder, parcelhuse, ubebyggede byggegrunde etc.). De standardkøbsaftaler, som Dansk Ejendomsrådgiverforbund udsendte i januar 2002 for henholdsvis ejerboliger, fritidshuse og grunde, er kommenteret af *Bente Naver & Hans Henrik Edlund: Købsaftale – ejerboliger, fritidshuse og grunde* (2002).

Advokatforbehold

En køber, der ikke bistås af rådgiver på aftaletidspunktet, kan indføre et såkaldt advokatforbehold i aftalen, hvorefter denne er betinget af, at købers advokat kan godkende den, se hertil *Praktisk aftaleret*, s. 199. Med terminologien sammesteds i afsnit 4.2.a. er et sådant forbehold en *suspensiv betingelse*. En sådan betingelse må almindeligvis fortolkes således, at forbeholdet alene kan gøres gældende, hvis advokaten kan pege på forhold, som måtte formodes at have afholdt køberen fra at underskrive. Fortolkes det ikke sådan, kommer aftalen til at *halte*, og som anført i *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 7.5.b., formodes aftaleparter ikke at tilsigte denne retsvirkning. Derfor må sælger kunne regne med, at køberen ikke benytter advokatforbeholdet til at fortryde aftalen eller presse prisen. Dette er baggrunden for, at man ofte kvalificerer advokatforbehold således, at advokaten alene kan rejse indvending mod købsaftalens "juridiske indhold". Er forbeholdet begrundet i ønsket om at undgå atypiske eller særligt byrdefulde pligter i en transaktion, hvis bestanddele køberen ikke kender, vil der være saglig grund til at fastholde det, jf. f.eks. situationen i *U 1984.471 H*. I *U 1991.393 H* kunne en ubetydelig mangel ikke aktualisere et advokatforbehold. Godkendelse skal i alle tilfælde finde sted uden ugrundet ophold, se *U 1994.13 V*, hvor advokatforbeholdet ikke kunne gøres gældende efter godt en måneds forløb.

5.6.f. Tredjemandsrelationer

Fast ejendom benyttes typisk som finansieringsobjekt og involverer dermed retlige relationer til de kreditorer, der opnår sikkerhed i ejendommen. Også andre typer af regler giver grundlag for en relation mellem ejeren og tredjeparter. Dels kan tredjeparter via servitutter gøre rettigheder gældende over ejendommen, dels kan sådanne pligter følge af offentligretlige forskrifter. Vilklårene for forsyningsselskaber kan f.eks. pålægge den enhver tid værende ejer af en ejendom at aftage vand, varme eller elektricitet herfra. Ligeledes kan der bestå private jagtrettigheder, vejrettigheder

og pligter vedrørende hegn og skel. Hvor sådanne pligter består, må køberen afklare det relevante retsgrundlag (f.eks. en tinglyst vedtægt eller leverandøraftale eller en gældende lovgivning). En væsentlig del af advokatens rådgivning ved køb af fast ejendom angår netop sådanne tinglyste forpligtelser, som i kraft af den almindelige regel i TL § 1 vil påhvile den til enhver tid værende ejer af ejendommen og dermed reelt erhververen.

5.7. Entreprise

5.7.a. Kendetegn

Et bygge- eller anlægsarbejde er en målrettet, planlagt og specificeret arbejdspræstation, hvorved materialer og komponenter integreres til et samlet hele på et bestemt, permanent sted ved hjælp af uddannet arbejdskraft. Denne arbejdsproces foregår ved brug af udstyr og redskaber og resulterer i en landfast konstruktion. Den part, der i henhold til aftale udfører et bygge- og anlægsarbejde, benævnes i dansk terminologi som *entreprenør* (eng.: *constructor*) og hans medkontrahent ("kunde") som *bygherre*. Under ét betegnes aftaleforholdet som *entreprise*. Entrepriseraftaler kan både indgås mellem professionelle parter og i forbrugertilignende forhold.

Aftalen og dens parter

De færreste bygherrer er selv i stand til at overskue de tekniske og økonomiske problemer, der opstår under et byggearbejde. Derfor vil bygherren lade sig rådgive af en arkitekt eller entreprenør, der efter en dialog med bygherren udarbejder et projekt for byggeriet med tilhørende prisoverslag. Medvirker en *arkitekt*, udarbejder denne som regel udbudsgrundlaget for en licitation eller underhåndsbud. Arkitektens rådgivning kan også indbefatte andre selvstændige arbejdsopgaver, som f.eks. udarbejdelse af lokalplanudkast, beregning af byggesum, gennemførelse af licitation og – når selve opførelsen finder sted – tilsynet med, at arbejdet udføres i overensstemmelse med specifikationerne. Hvor arkitektens arbejde har sit væsentligste fokus på æstetik og funktionalitet, er hovedopgaven for ingeniøren at sikre byggeriet i andre henseender, f.eks. i relation til holdbarhed, sikkerhed, robusthed, miljø og energiforbrug. Da grænsedragningen mellem disse forskellige byggerådgivere kan være vanskelig, arbejder de ofte side om side.

Rådgiveren

Typer af entrepriseforhold

Entrepriseaftaler fremtræder i forskellige skikkelser og former sig efter, hvorledes bygge- og anlægsopgaverne fordeles mellem de involverede entreprenører og rådgivere. Hvis entreprenøren ikke alene påtager sig at udføre bygge- eller anlægsarbejdet, men også at projektere det, benævnes han som *totalentreprenør*. Totalentreprenøren *kombinerer* de forskellige ydelser (projektering og entreprise mv.) og *påtager* sig dermed den samordning, bygherren ellers skulle stå for i kontakten til enkelte leverandører og underentreprenører: Totalentreprenøren afholder f.eks. licitation eller indhenter underhåndsbud for underleverancer. Er samtlige arbejder opdelt fagvis, taler man om *fagentreprise*. En entreprenør, der påtager sig arbejder inden for flere fagområder, betegnes ofte *storentreprenør*. Det hænder hyppigt, at en entreprenør ikke selv udfører alle de arbejder, han har påtaget sig over for bygherren, men efter aftale med bygherren overlader delopgaver til tredje- mand. Denne tredjepart betegnes da som *underentreprenør* og den hvervgivende entreprenør som *hovedentreprenør*.

I dansk entrepriseret sondres mellem to typer af entreprise: bygge- og anlægsentrepriser. *Hørlyck* (2014), s. 28, definerer *byggearbejder* som aftaler, hvis hovedformål er opførelse, reparation og renovering af bygninger til og med fundamentet og dele deraf. Alle andre entrepriser i tilknytning til byggeriet vil være *anlægsarbejder* (eng. *engineering construction*). Det omfatter herefter byggemodning, haveanlæg, befæstelser og andre terrænarbejder, havneanlæg, kystsikring, vandbygning, ledningsanlæg, veje, tunneler, jernbaner, flyvepladser og broanlæg. Sondringen mellem bygge- og anlægsentreprise træder pletvis frem i AB92, se f.eks. § 28, stk. 5, hvorefter der sker særskilt aflevering af anlægsentreprise, § 36, stk. 3, hvorefter det 5-årige entreprenøransvar ikke gælder for anlægsentreprise, og § 22, stk. 8, hvorefter fristen for fremsendelse af slutopgørelse er fastsat til 50 arbejdsdage ved anlægsarbejder, mod almindeligvis 25 dage. På grund af disse særregler bør udbudsmaterialet præcisere, om der er tale om bygge- eller anlægsarbejde.

Byggegrunden

Det spiller en væsentlig rolle for risikohåndteringen i en bygge- eller anlægsentreprise, at præstationshandlingen forankres i et *jordareal*. Arbejdet udføres dermed på en *byggeplads*, ved hjælp af tunge og krævende *materialer* og under den stadige risiko, der følger af omskift i *vejrliget*. Omvendt kan entreprenørens ydelse

sjældent basere sig på nogen masseproduktion. En undtagelse herfra er salg af monteringsfærdigt husmateriale.

5.7.b. Retsgrundlaget

Aftaler om bygge- og anlægsarbejder er som hovedregel underlagt aftalerettens almindelige regler. Disse regler suppleres på visse punkter af retsgrundlag som *KBL*, der i mangel af modstående aftale regulerer materialeleverancer. Offentlige myndigheders aftaleindgåelse er underlagt reglerne i *tilbudsloven* og de EU-retlige *udbudsregler*, jf. nærmere *Praktisk aftaleret* afsnit 2.3.i.

Baggrundsret

Ved siden af disse almindelige regelsæt kan byggeriets parter betjene sig af visse indarbejdede aftalevilkår. I Danmark indgås stort set alle entrepriseaftaler på grundlag af AB92, se hertil betænkning 1276/1994, s. 55. AB92 suppleres typisk med et antal forbehold. Håndværksrådet og Danske Entreprenører har udarbejdet et antal supplerende standardforbehold til AB92, aftrykt hos *Vagner* (2005), s. 467 f. og 468 f. Disse foreninger har ligeledes udarbejdet en formular for *underentreprisekontrakter*. Endelig har Dansk Byggeri (tidligere Entreprenørforeningen) udarbejdet et sæt Vejledende retningslinjer for regningsarbejder (1988). I forholdet mellem bygherren og hans rådgivere (og mellem entreprenøren og dennes rådgivere) anvendes ofte ABR89. Med sigte på private bygherrer har Erhvervs- og Byggestyrelsen sammen med brancheforeningerne Dansk Byggeri, Tekniq (Installatørernes Organisation), Forbrugerrådet og Håndværksrådet udarbejdet standardformularen AB-Forbruger (senest revideret i juni 2012).

Formularret

I praksis samler opmærksomheden sig om AB92, der – som navnet antyder – kom i sin seneste udgave i 1992. Selvom der er tale om et aftalegrundlag, som parterne kan tiltræde efter eget valg, fremstår AB92 som dansk entrepriserets grundlov. Aftalesættet er i hver udgave tilblevet på grundlag af intense drøftelser mellem byggeriets parter og interessenter (se herved betænkning 1246/1993). AB92 giver anledning til hyppige voldgiftssager, der for en dels vedkommende publiceres i TBB og i online-tidsskriftet *Kendelser om Fast Ejendom*. Denne praksis skaber en fælles forståelsesramme, som byggeriets parter kan henholde sig til. Trods den indarbejdelse, der præger AB92 og dens forgængere, gælder AB92 dog ikke uden videre som udfyldende retsgrundlag.

AB92

Derimod vil der, som anført af *Hørlyck* (2014), s. 24, kunne foreligge stiltiende tiltrædelse, hvis man ikke fremsætter indsigelse mod henvisninger til leverandørens salgs- og leveringsbetingelser i tilbud eller ordrebekræftelse. Efter tilsvarende principper gælder ABR89, se *Gjedde-Nielsen & Hansen* (2013), s. 22 f. Se også *Tørsten Iversen* i TBB 2003.480 ff.

ABT93

I 1993 udsendte organisationerne bag AB92 en bearbejdet version af disse regler med sigte på totalentreprise, de såkaldte Almindelige Betingelser for Totalentreprise, *ABT93*. § 1, stk. 2, heri definerer “totalentreprise” som “en entreprise, der omfatter den væsentligste del af projekteringen og de fleste øvrige ydelser ved byggeriet eller anlægget.” På grund af de talrige overlappende bestemmelser henvises i det følgende kun til AB92.

Aftaleindgåelsen

Byggeri og anlæg er komplicerede tekniske processer, der kræver nøje planlægning. Typisk udmøntes denne planlægning ved, at parterne lader processen udføre i forskellige *faser*, jf. nærmere *Munk-Petersen & Trangeled*: Byggeriets retsregler og bygningsteknik (1994), s. 100 ff. Første fase betegnes sædvanligvis *initiativfasen*. Det er her bygherren – evt. i samråd med sine rådgivere – afklarer sit behov. I anden fase, *programfasen*, nuanceres dette behov. De færreste bygherrer er i stand til at håndtere denne fase selv. Afhængigt af opgavens karakter kan det her være nødvendigt at involvere arkitekter, jurister, økonomer og ingeniører m.fl. På grundlag af denne analyse er det muligt at etablere et *udbudsgrundlag*, som entreprenørerne herefter kan afgive bud på.

Entreprenørens ydelse

I den juridiske teori har det været den fremherskende opfattelse, at entreprenørens ydelse mest rammende beskrives som en *resultatforpligtelse*. Betragtningen begrunder en formodning om, at entreprenørens betalingskrav først opstår, når resultatet er nået og byggeriet afleveret, sml. herved AB92 § 22, stk. 7. Betragtningen er ikke nødvendigvis rammende, bl.a. fordi entreprenøren har ret til delvis vederlag. Dertil kommer, at entreprenørens ydelse præges af, at han ofte først under arbejdets udførelse vil få fuldt kendskab til mulighederne for at præstere den. Endelig kendetegnes entrepriseaftalen ved områdets tradition for efterfølgende aftalemodifikationer, se hertil AB92 § 14 om ændringer i arbejdet. Bygherrens adgang til at forlange sådanne ændringer gennemført beror ifølge denne bestemmelse på, om ændringerne har en naturlig sammenhæng med de aftalte ydelser.

Transaktionens nærmere udførelse baseres til dels på dokumenter, der først udarbejdes efter aftalens indgåelse. I medfør af AB92 § 9 skal entreprenøren snarest muligt udarbejde en *arbejdsplan* i samarbejde med bygherren. Arbejdsplanen vil blandt andet indeholde en række tidsfrister og mellemfrister, som skal overholdes, og som derfor bør gøres aftaleretligt bindende.

Bygherrens ydelse i en entreprisaftale består først og fremmest i pligten til at *betale* for entreprisen. Hertil føjer sig en ganske væsentlig pligt til at *skabe forudsætninger* for entreprenørens arbejde. Aftalens betalingsregler er nøje forbundne med transaktionens økonomi og de heraf følgende økonomiske og retlige risici. Da transaktionen typisk er længerevarende, og da en betydelig del af entreprenørens præstation undervejs kanaliseres videre til medarbejdere og underleverandører, har entreprenøren et velbegrundet ønske om at modtage løbende betaling. For bygherren indebærer dette en risiko for, at der betales uden sikkerhed for, at modydelsen præsteres korrekt. Afbalanceringen af disse modstående hensyn finder typisk udtryk i en ordning, hvorefter der – parallelt med den førnævnte arbejdsplan – udfærdiges en *betalingsplan*, se hertil AB92 § 22, stk. 1-3. Denne plan danner samtidig grundlag for transaktionens finansiering. Ved dens opbygning må parterne bl.a. tage stilling til, hvilken betaling entreprenøren kan kræve for indkøbte (men ikke nødvendigvis betalte) materialer, samt hvilken sikkerhedsstillelse bygherren kan kræve for sit eventuelle tilbagebetalingskrav (tilbagebetalingsgaranti).

*Bygherrens
ydelse*

6.1. Fællesproblemer

6.1.a. Kendetegn

*Distributions-
begrebet*

Hvad enten virksomheden leverer materielle eller immaterielle produkter, finansielle ydelser eller andre tjenesteydelser, må dens produktion *afsættes* til kunder på et marked via aftaler. Disse aftaler kan enten indgå direkte med kunden (slutbrugeren) eller via et antal mere eller mindre selvstændigt virkende *distributører*, som enten indgår kundeforfølgelsen i eget navn (dvs. forpligter sig selv) eller i producentens navn (dvs. forpligter denne).

*Forberedelses-
handling*

Læren om afsætning handler om andet og mere end disse transaktioner. Både forud for og efter aftaleindgåelsen må virksomheden og dens eventuelle distributører *forberede* afsætningen. Her træffes en række beslutninger, der kan få retlig betydning: Nogle indebærer, at producenten eller distributøren umiddelbart påføres retlige *pligter*. Andre kan påvirke virksomhedens *renommé* og dermed dens styrke på markedet. Alle disse beslutninger må følges op af interne forretningsgange, som er forbundet med omkostninger og risici. Disse faktiske, økonomiske og retlige forhold indgår i virksomhedens samlede afsætningsstrategi. Se i det hele hertil *Philip Kotler* m.fl.: *Marketing management* (2009).

*Omkostnings-
siden*

Mest iøjnefaldende er hensynet til de *transaktionsomkostninger*, der påløber ved distributionen. De beror på virksomhedens størrelse, på transaktionernes hyppighed og værdi og på kravene til distributørens *know-how*. Skal et fysisk produkt nå et stort antal aftagere, må producenten enten bruge et *eksisterende* distributionsnet, der kan nå de enkelte slutbrugere, eller opbygge et *nyt*. Lever virksomheden af få transaktioner, der til gengæld hver for sig har stor værdi (f.eks. en entreprenørs opførelse af en ejendom eller et skibsværfts bygning af et skib), vil den normalt selv ønske at indgå aftalen med kunden.

*Variations-
muligheder*

I et distributionssystem baseret på *selvstændige distributører* må

rollerne fordeles således, at distributøren inciteres til at agere så effektivt som muligt. Et væsentligt incitament ligger i at kunne operere *eksklusivt* på markedet. Eksklusiviteten betyder, at andre distributører ikke konkurrerer med en. Ligeledes spiller det en rolle, om distributøren virker for *egen regning* (hvorved han selv kan sikre sig et udkomme af slutbrugertransaktionen) eller for *opdragsgiverens regning* (hvorved der bør aftales et vederlag for hans bistand). I alle tilfælde må det afklares, hvordan distributøren skal bistå i produktets *markedsføring*.

6.1.b. Retsgrundlaget

Flere af denne bogs kapitler har med forskellige briller set på en række transaktioner, der hver for sig indebærer afsætning. Afsætning og markedsføring af forskellige typer af *finansielle produkter* behandles i kapitel 3 om finansiering. Produkter, der afsættes som *personlige tjenesteydelser*, behandles i kapitel 4. Kapitel 5 handler bl.a. om, hvordan producenten afsætter *produktionsudstyr til sine kunder*. Afsætning af *information* (know-how og immaterielle rettigheder mv.) behandles i kapitel 7. Disse afsnit og kapitler har fokus på producentens aftaler med enkelte kunder, ikke på den overordnede rollefordeling mellem producent og distributør.

Dansk ret har ingen *generel* lovregulering af aftaler om distribution. Lovene om *kommission*, om *handelsagentur* og om *benzinforhandlerkontrakter* hjemler hver på deres område en særregulering, som kun i beskedent omfang giver støtte for almene retsgrundsætninger. Selv om der altså ingen *principiell* retsdannelse udtrykkes i disse regler, belyser de dog en række gennemgående spørgsmål, der opstår ved afsætning via distributør, herunder varetagelsen af distributørens interesser i at sikre værdien af det marked, han medvirker til at opbygge.

Foruden de formueretlige regler bestemmes retsforholdet mellem virksomheden og kunden af markedsføringsretlige regler. Selve markedsføringen reguleres dels af de *almindelige regler* i markedsføringsloven (MFL), jf. lovbekendtgørelse nr. 1216 af 25. september 2013, med senere ændringer, dels af de *særregler*, der gælder for særlige typer af produkter (f.eks. lægemidler) og særlige typer slutbrugere (f.eks. forbrugere). Også de forbrugerretlige beskyttelsesregler, f.eks. forbrugeraftaleloven, kreditaftaleloven og lov om mærkning og skiltning med pris, begrænser

Inter partes

Distribution

Markedsføringsregulering

virksomheden i sin markedsføring. Disse regler omtales ikke nærmere her.

*Konkurrence-
regulering*

En særlig rolle spiller reglerne i den almindelige konkurrence-ret. Deres formål er at undgå følgerne af en for hårdhændet konkurrence. Reglerne findes dels i konkurrenceloven, dels i TEUF (der suppleres med de særlige forordninger). Således forbyder TEUF art. 101 visse *horisontale* aftaler om priser og salgsbetingelser, om markedsdeling, informationsaftaler, aftaler om produktionsbegrænsninger, om fælles tekniske standarder, om gensidig eksklusiv forhandling, om fælles indkøb og om fælles salg. Blandt de vigtige forordninger er Kommissionens forordning om anvendelse af TEUF art. 101, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (330/2010 af 20.4.2010). Det falder uden for denne bogs rammer at gennemgå disse, for den praktiske aftaleret ganske væsentlige, regelgrundlag. På grund af den såkaldte “bagatelmeddelelse”, hvoraf den seneste er fra 2014 (2014/C 291/01 af 30.8.2014), omfatter reglerne ikke transaktioner af en vis, ringe betydning, se nærmere hertil *Jens Fejø & Grith Skovgaard Ølykke: EU-konkurrenceret – almindelig del* (2014), s. 77 ff.

6.1.c. Transaktionens tilrettelæggelse

Branding

Enhver producent er bevidst om, hvordan han vil præsentere sig selv og sit produkt på markedet. Denne præsentation vil nemlig frembringe følelser hos kunderne, som gør det lettere (eller vanskeligere) at afsætte produktet. Summen af disse følelser og denne bevidsthed mv. betegnes med et moderne ord som produktets (eller producentens) *brand*. Et *brand* knyttes typisk til et antal varemærker og andre forretningskendetegn (se herom afsnit 7.3.h.). Brandet viser sin værdi ved den markedsføring og kvalitetssikring, producenten praktiserer. Hermed skabes et renommé (eller et rygte) om produktet eller producenten. Jo mere producentens branding betyder for afsætningen, desto vigtigere er det, at også de distributører, der afsætter produktet for producenten, efterlever de krav, producenten har defineret som afgørende for sit *brand*. I den forbindelse spiller også producentens vilje og evne til at varetage samfundsmæssige eller etiske hensyn en rolle. Ofte vil producenten formulere en særlig CSR-politik, han forpligter sig til at opfylde over for omverdenen. Se nærmere herom i *Praktisk aftaleret*, s. 42 f. og afsnit 6.4.f., og *Kotler m.fl.* (2009), s. 785 ff.

Afsættes produktet gennem distributører, vil også de skulle efterleve en sådan politik. Se hertil s. 362 om den ambassadørfunktion, som distributøren af kvalitetsprodukter udfylder.

Inden produktet markedsføres, vil producenten have dannet sig et indtryk af, om der overhovedet findes noget marked for det. Gennem en markedsanalyse vil han have undersøgt aftagerens formodede reaktion (køb, overvejelse eller afvisning), når produktet udbydes på markedet. Traditionelt består en markedsanalyse af "de fire P'er": Produkt, Plads, Pris og PR. En sådan analyse kan enten udføres af producenten selv, af hans distributør eller af et analyse- eller reklamebureau, se hertil afsnit 4.5.

Markedsanalyse

Markedsanalysen danner grundlag for beslutningen om, hvordan produktet *lanceres*, herunder i henseende til pris, betaling, aftalevilkår, indpakning, leveringslogistik, distribution mv. Lanceringen kan være vidt forskellig fra produkt til produkt. Sådanne overvejelser må derfor ofte gøres allerede i produktets designfase. Nogle produkter kan ligefrem indeholde deres eget aftalegrundlag (som f.eks. når et elektronisk produkt viser en licensklausul under betjeningen). Ligeledes bestemmer produktets design, hvordan det skal emballeres, transporteres og leveres. Et produkt, der ikke kan placeres på hylderne hos forhandleren, eller hvis indpakning ikke lader sig håndtere i standardstørrelser for *pakkedkoll*i, er vanskeligere at afsætte end et produkt, der passer ind i en sædvanlig transportlogistik. Vidtgående varetagelse af standardiseringshensyn kan omvendt hæmme producentens *branding*: Det ene produkt kommer jo til at ligne det andet.

Lancering

I en snæver forstand omfatter begrebet markedsføring selve den adfærd, hvormed producenten giver sig til kende på markedet for at invitere til aftaleindgåelse, dvs. afgiver tilbud eller opfordrer til afgivelse af tilbud. Se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 3.2. I en endnu bredere forstand kan man tale om markedsføringshandlinger, hver gang en virksomhed forsøger at tegne et sympatisk billede af sig selv med henblik på senere aftaleindgåelse mv.

Markedsføring

En markedsføringshandling fremtræder som resultatet af en ledelsesbeslutning, der vil være forankret i hele virksomheden. Inden for ledelsesteorien betragtes sådanne beslutninger som en del af virksomhedens *marketing*. Hos *Philip Kotler* m.fl.: *Marketing management* (2009) sondres mellem *intern marketing* (der har

Marketing

som fokus, at alle i organisationen efterlever de fastlagte principper for markedsføringen), *integreret marketing* (der handler om, at virksomheden anvender de kanaler, der mest effektivt udnytter markedet), *relationship marketing* (der handler om at etablere varige relationer til kunderne) og *performance marketing* (der fokuserer på de opnåede økonomiske resultater).

*Aftale-
håndtering*

Før et produkt sættes på markedet, må producenten afklare, hvilke aftalerelationer der forventes indgået, før produktet når frem til sin ultimative bruger. Ønsker producenten f.eks. selv at sikre sig en direkte aftalerelation med slutbrugeren (hvilket kan tale for enten selv at stå for alt salgsarbejde eller at tilknytte en mægler, en handelsagent eller et andet formidlende led), eller skal salget lægges i hænderne på en forhandler, som herefter indgår aftaler i eget navn? Ligeledes må det afklares, hvilke krav der skal stilles til aftalen med slutbrugeren. Ønsket om at sikre en *bindende* aftale med slutbrugeren vil ofte kollidere med markedsføringshensyn. Det kan f.eks. være upraktisk at forlange kundens underskrift på en aftale. Skal man i stedet nøjes med blot at vedlægge aftalevilkår eller forretningsbetingelser? Sådan er praksis f.eks. ved distribution af software, hvor en såkaldt "*shrink wrap*"-aftale postuleres indgået, når slutbrugeren bryder den plastfolie, produktet er indpakket i, og gennem hvilke licensvilkårene kan læses, se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 3.5.c. Som her anført kan sådanne aftalevilkår ofte ikke anses for indgået gennem denne praktisk begrundede handling. Det gælder om at finde en balance mellem ønsket om at *afsætte* produktet og at sikre en robust *aftaleregulering*. Denne balance fører ofte til, at producenten i mindre kostbare transaktioner tager risikoen for, at vilkårene ikke gælder (idet man f.eks. håber, at de i hvert fald har en *pædagogisk* funktion), mens man i mere kostbare transaktioner sikrer sig en udtrykkelig aftale.

*Eftersalgsservice
mv.*

Som led i et markedsføringskoncept kan leverandøren præstere en række ydelser *efter* salget, f.eks. rådgivning, afhjælpning og vedligeholdelse. Sådanne tjenester kan både sikre kundetilfredshed og understøtte senere salg. I visse tilfælde søger producenten at organisere sine kunder i særlige brugergrupper. I andre tilbydes abonnementer på elektroniske nyhedstjenester, hvor nye produkter præsenteres. Aftaler om vedligeholdelse indgås ofte direkte med producenten, se hertil afsnit 5.5. Distributøren kan

normalt kun vedligeholde, hvis han besidder den fornødne tekniske kompetence, herunder værktøj og reservedelslagre. Fordele ved at lade distributøren vedligeholde kan ligge i dennes forudgående kundekontakt.

6.1.d. Almene reguleringsområder

Uanset om produktet afsættes ved en slutbrugertransaktion, der indgås med den enkelte kunde, eller ved at der indskydes en distributør, må parterne tage højde for en række af de almene reguleringsområder, der gennemgås i *Praktisk aftaleret*, kapitel 5-9.

For det første bør der ske en grundlæggende opgavefordeling: Hvem forpligtes over for hvem? Svaret på dette spørgsmål er enkelt at give, hvis produktet afsættes direkte fra producent til slutbruger, men kan være vanskeligere at give, hvis der indgår et distributionsled. Når parterne er udpeget, må aftalen tage stilling til lavpraktiske spørgsmål som: Hvordan kommunikerer parterne frem til opfyldelsen? Hvilken adresse sendes varen til? Hvem forestår her den praktiske modtagelse? Hvordan afgives efterfølgende bestillinger, og på hvilken måde og inden for hvilke tidsfrister bekræftes de?

Slutbrugeraftalen må ramme en *balance*, der på den *ene side* tager højde for transaktionens værdi og de risici, der kan true denne værdi, og på den *anden side* afvejer de pligter, der for at sikre denne værdi pålægges parterne. Levering af et velkendt produkt mod et fast vederlag kan ske med et minimum af aftaleregulering. Anderledes hvis produktet skal udvikles, eller hvis det under levering er udsat for særlige risici. Også vederlaget kan kræve særskilt aftaleregulering, f.eks. ved variabel betaling eller betalingstilpasning. Se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.3.

Kan ydelsen rammes af risici udefra (f.eks. under transport) eller indefra (ved selvdestruktion, f.eks. fordærv) må aftalen indbygge mekanismer, der dels inciterer parterne til at reducere sådanne risici, dels fordeler konsekvenserne af, at de måtte blive realiseret. Blandt de bestemmelser, der kan tjene dette formål, er regler om risikoovergang, forsikringspligt og om ansvarsregulering. Se hertil *Praktisk aftaleret*, kapitel 6.2.d., 6.4. og 6.6.

Et tredje grundlæggende reguleringstema er parternes stilling ved misligholdelse. Ud over at afklare, hvornår der foreligger korrekt opfyldelse, bør aftalen præcisere misligholdelsesbeføjel-

*Styrings-
mekanismer*

*Risiko-
håndtering*

Misligholdelse

serne (naturalopfyldelse, afhjælpning, ophævelse, afslag, erstatning, morarente mv.) samt vilkår om konfliktløsning (herunder aftaler om voldgift eller værneting samt – ved internationale transaktioner – lovvalg). Herom henvises til gennemgangen i *Praktisk aftaleret*, kapitel 8 og 9.

6.2. Slutbrugertransaktionen

6.2.a. Køb

*Økonomisk
funktion*

Købet er den hyppigste ramme for afsætning af fysiske produkter (*salgsgenstande*). I modsætning til leje og leasing forlader en salgsgenstand definitivt sælgerens rådighedssfære og indgår i køberens. Køberen kan for det første optræde som sidste led i en omsætningskæde, enten fordi salgsgenstanden *forbruges* (og dermed ophører med at eksistere), fordi den indgår som *ingrediens* i et andet produkt, eller fordi den *mister sin værdi* ved en handling, som slutbrugeren bærer ansvaret for. For det andet kan køberen være et *mellemed*, der planlægger en efterfølgende afsætning. I begge tilfælde kan køberen være (1) erhvervsdrivende, (2) forbruger eller (3) ikke-erhvervsdrivende ikke-forbruger (f.eks. en offentlig myndighed).

Aftalegrundlag

Købsaftalen kan udspringe af *individuelle forhandlinger*, den kan baseres på en *standardaftale*, eller den kan benytte (og eventuelt *inkorporere*) et kendt *agreed document*. På retsområder med en righoldig baggrundsret skulle man tro, at reguleringsbehovet var begrænset til de variable temaer som kvalitet, mængde, leveringstid og pris. Men selv med en fyldig baggrundsret vil parterne ofte ønske at fravige KBL, jf. i det hele *Praktisk aftaleret*, kapitel 5-9. Risikoreglerne fraviges stort set altid, når produktet skal forsendes med bistand af en transportør (“fragtfører” i KBL’s terminologi), se herved a.st. afsnit 6.2.d. om INCOTERMS. Ligeledes fraviges mangelsreglerne stort set altid, bl.a. fordi de færreste erhvervsdrivende ønsker at påtage sig den beløbsmæssigt ubegrænsede hæftelse for erstatningsansvaret i kontraktsforhold, som følger af de almindelige regler herom – et ansvar, der netop i aftaler med kommercielle medkontrahenter kan blive betydeligt. Hertil kommer, at erhvervsdrivende ganske ofte ønsker deres egne regler om konfliktløsning, enten ved værnetingsaftaler eller ved aftaler om voldgift.

Som nærmere udviklet i *Praktisk aftaleret*, afsnit 3.1.b., er der intet til hinder for at indgå kommercielle aftaler med et minimum af vilkår. En sælger, der fra Asien forhandler med en kreds af europæiske købere om køb af en leverance bananer, har måske kun få timer til at fastlægge den aftaleretlige ramme. Her må forhandlingen koncentreres om pris, betaling, leveringsform, -tid og -sted kombineret med en henvisning til den relevante INCOTERMS-klausul. Sådanne vilkår kan f.eks. anføres i det tilbud eller den ordrebekræftelse, der danner grundlag for aftalen.

Af samme grund har der ikke udviklet sig nogen aftaleretlig *formularret* for løsøre købet. Inden for de enkelte brancher finder man talrige formularer, der f.eks. anvendes ved salg af standardvarer (som f.eks. korn), brugte biler eller husholdningsudstyr. Efter opdrag fra Det Danske Handelskammer (nu *Dansk Erhverv*) har advokat *Søren Theilgaard* udarbejdet et sæt Modelforslag til Almindelige Salgs- og Leveringsbetingelser i Internationale Løsøre køb, optrykt i *Juridisk Formularbog* (2004), s. 756 ff., der tilsigter at være neutral. Men en købekontrakt med sigte på alle typer af løsøre køb findes ikke og kan næppe heller konciperes med almen brugbarhed.

Formularret

Ønsker parterne hverken at anvende standardiserede aftaledokumenter eller at koncipere individuelle vilkår, kan de i stedet inkorporere et antal på forhånd definerede aftalevilkår, der nyder almen anerkendelse (også kaldet “*incorporation by reference*”), se hertil *Grundlæggende aftaleret*, s. 347 f. Denne praksis kendes først og fremmest i de såkaldte “INCOTERMS”-leveringsklausuler, som almindeligvis får aftalevirkning ved brug af en forkortelse. Se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.2.d. Når parterne henviser til INCOTERMS 2010, underkaster de sig den forståelse af klausulerne, der fremgår af ICC’s forklaringstekst fra 2010.

Inkorporering

6.2.b. Brugsrettigheder

En brugsret er en ret til at råde over et formuegode, der tilhører en anden. Formuegodet er typisk *materielt* (f.eks. fast ejendom, løsøre eller tekniske installationer). I så fald tales om lån (hvis ikke der er aftalt vederlag) eller leje (hvis der betales for brugen). Aftaler om længerevarende brugsrettigheder til driftsaktiver betegnes dog som leasingaftaler, se herom afsnit 6.2.d. Men formuegodet kan også være *immaterielt* (f.eks. en immaterialrettighed

Begreb

eller informationsmængde). Brugsrettigheder til immaterialrettigheder betegnes almindeligvis som *licenser*. Som nærmere forklaret i afsnit 7.4.a. er en licens en tilladelse til at gøre noget, som den berettigede ellers kunne forbyde (her, med hjemmel i en immaterialret). Det er vanskeligere at skabe brugsrettigheder over information, som ikke retsbeskyttes af immaterialrettigheder, jf. om erhvervshemmeligheder, afsnit 7.3.j.

Leje

En brugsret, der tilstås mod vederlag, kalder man som nævnt et *lejeforhold*. Leje af løsøre er ulovreguleret i dansk ret. I mangel af aftaleregulering må retsstillingen *inter partes* derfor udledes af parternes aftale og typeforudsætninger suppleret med obligationsrettens almindelige regler som baggrundsret. En brugsret, som ikke vederlægges, betegnes som *lån*. DL 5-8-1 og de følgende artikler handler om visse brugsrettigheder, men regulerer kun i begrænset omfang lejeforhold. Leje af fast ejendom er underlagt flere typer lovgivning. Benyttes det lejede til andet end beboelse (herunder til erhvervsvirksomhed), gælder reglerne i erhvervslejeloven, jf. lovebekendtgørelse nr. 1714 af 16. december 2010 med senere ændringer, jf. nærmere afgrænsningen i lovens § 1. En række af denne lovs centrale regler kan ikke fraviges til skade for lejeren.

Blandt de spørgsmål, der bør reguleres i en lejeaftale, er kravene til *det lejede* (herunder dettes kvalitet, stand og fejlfrihed), *vederlaget* (typisk kaldet lejen eller lejeafgiften), *forfaldstidspunkt* for lejebetalingen (hvor der typisk betales forud), *lejeperioden* (herunder om der skal gælde vilkår om tidsbegrænsning), *opsigelsesregler*, brugerens *erstatningsansvar* for skader på det lejede (hvor den udfyldende erstatningsregel er culpa) samt brugerens ret til at *disponere* over det lejede ved flytning eller udlån.

6.2.c. Abonnementsaftaler

Begreb

En abonnementsaftale er en aftale, hvorved en leverandør giver en kunde løbende adgang til bestemte *tjenester* eller til i bestemte perioder at modtage en *løbende levering* af produkter mod et vederlag, der står i forhold til perioden, men ikke til omfanget af de brugsrettigheder, tjenester eller produkter, der leveres. De *brugsrettigheder*, der kan indgå i abonnementsaftaler, kan knytte sig til tekniske *installationer*, f.eks. et kommunikationsnet (telefoni, internet mv.), men abonnementstjenester kan også bestå i teknisk

vedligeholdelse (se hertil afsnit 5.5.), rådgivning (se hertil afsnit 4.5.), overvågningstjenester og kvalitetssikring. Også aviser og ugeblade kan leveres på grundlag af abonnementsaftaler. Det karakteristiske træk er her, at de løbende leverancer (den daglige avis) ikke kendes i detaljer, hverken i omfang eller indhold, før den løbende levering. Vederlaget beregnes for den periode, for hvilken avisen mv. leveres, ikke i forhold til sidetal, udstyr mv.

Vederlaget i abonnementsaftaler om standardydelser beregnes normalt med et fast beløb, der rabatteres, jo længere perioder abonnementet tegnes for. I abonnementsaftaler om brugsretten til tekniske installationer fordeles betalingen typisk med en *startbetaling*, der modsvarer leverandørens omkostninger ved at etablere kundens forbindelse til installationerne, og en *løbende betaling*, der står i forhold til den periode, abonnementet varer. Hvis linjen lukkes på grund af manglende betaling, opkræves typisk en ekstrabetaling for genåbning, når restancen er indfriet.

Aftaler om abonnement indebærer, at den enkelte kunde modtager samme ydelse stort set samtidigt med de øvrige kunder. Indtræder der driftsforstyrrelser, rammes alle kunder. Driftsforstyrrelser indtræder erfaringsmæssigt fra tid til anden, og selv om leverandøren efter almindelige regler om culpa i kontraktsforhold hæfter for heraf følgende tab, vil konsekvenserne af et sådant erstatningsansvar være uforholdsmæssige. Derfor fraskriver abonnementsleverandører sig normalt erstatningsansvaret for driftsstop, hvorved de skærmer sig mod de betydelige erstatningsansvar, kunderne ellers kunne rejse. Ønsker kunden sikkerhed mod sådanne driftsstop må der normalt tegnes en særlig aftale, hvor leverandøren afgiver de fornødne garantier mod særskilt betaling.

Leverandøren vil normalt betinge sig ret til at afbryde forbindelsen, hvis brugeren undlader at betale. Angår aftalen levering af en kritisk tjeneste til en ejendom eller virksomhed, kan leverandøren normalt ikke betinge indgåelsen af en ny abonnementsordning af, at den nye kunde betaler den tidligere kundes gæld, jf. *U 1970.198 V*, hvor et sådant vilkår for optagelse som andels-haver i (og dermed som aftager fra) et elektricitetsværk ansås for uberettiget, og tilsvarende i *U 1978.387 V* om et varmeværk. Hertil kræves i givet fald en udtrykkelig aftale eller ond tro hos den nye ejer om, at en sådan klausul var gældende, se således *U 1978.576 V*. En sådan aftale kan være relevant, hvis brugeren

Betaling

Driftsafbrydelser

Ret til afbrydelse

ønsker at kunne overdrage sit abonnement (f.eks. til et telefonnummer eller et domænenavn) som led i en virksomhedsoverdragelse.

Ændring

Abonnementsaftaler indgås typisk som masseaftaler, se hertil *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 5.5.d. I praksis kan leverandøren umuligt genforhandle aftalen med den enkelte kunde. I stedet etableres en hjemmel for negativ aftalebinding (se generelt her til sst. s. 212 f.), hvorved leverandøren forbeholder sig ret til efter bestemte regler *ensidigt at ændre* aftalevilkårene. Et vilkår herom vil ofte være urimeligt, jf. AFTL § 36, fordi det skaber et haltende retsforhold. Derfor optræder sådanne vilkår på den eksempelliste, der hører til direktiv 93/13 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler. Som alternativ hertil kan leverandøren gennemføre ændringer ved *betingede opsigelser*: Med den frist, der i øvrigt er aftalt for opsigelser, meddeler leverandøren sine kunder, at der herefter vil gælde de og de nye vilkår. Abonnenter, der ikke ønsker at acceptere disse vilkår, kan herefter give meddelelse, hvilket vil indebære, at abonnementet anses som opsagt. Se generelt om opsigelse *Grundlæggende aftaleret*, afsnit 2.4.c.

6.2.d. Operationel leasing

Kendetegn

I afsnit 3.4.a. udskiltes finansiel leasing fra operationel leasing til særskilt behandling. I relation til operationel leasing vil leasinggivers ret typisk ikke blive afledt fra en producent eller leverandør, eftersom den operationelle leasinggiver typisk *er* producenten eller leverandør. Leasingkonstruktionen benyttes her som et middel til at få produktet bragt ud på et marked – ikke som finansieringstransaktion.

Operationel leasing angår ofte driftsaktiver (f.eks. en maskine, et køretøj, et fly eller et skib). Omfatter aftalen også de medarbejdere, der skal betjene udstyret (f.eks. besætningen på et skib eller fly), taler man om en *wet lease*. Sådanne aftaler kan efter omstændighederne være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, se herved *U 1989.372 H*, der er afsagt efter en præjudicial afgørelse ved EF-Domstolen (*Bork International*, Domstolens dom af 15. juni 1988 i sag 101/87). Angår leasingaftalen kun det nøgne driftsaktiv, taler man tilsvarende om en *dry lease*.

Trods de grundlæggende *forskelle* i henseende til det finansieringsmæssige formål, er der store *lighedspunkter* mellem opera-

tionel og finansiel leasing. De vilkår, der har at gøre med den *faktiske sikring* af det leasede er f.eks. identiske, herunder pligten til at opretholde et fast *installationssted*, til at benytte udstyret *forskriftsmæssigt*, til at etablere en autoriseret *vedligeholdelsesordning*, til at opretholde en *skadesforsikring*, til udelukkende at anvende autoriserede eller kvalitetssikrede *forbrugsmaterialer* etc. Omvendt må parterne sikre sig, at det leasede opnår den forventede brugbarhed, blandt andet ved at indgå aftale om *overtagelsesprøve*, ved pligt til at *uddanne* leasingtagers personale og ved at sørge for forebyggende og afhjælpende *vedligeholdelse*. Også reguleringen af, hvilke ydre forhold der skal være til stede for levering af udstyret, svarer til, hvad man fastslår i aftaler om anskaffelse af produktionsudstyr.

Dansk ret har ingen lovgivning om leasing af *løsøre*. Som omtalt i afsnit 3.4.b. kan erhvervslejeloven tænkes at regulere leasing af *fast ejendom*. I så fald må leasingaftalen respektere de præceptive regler heri, bl.a. om lejeregulering. Aftalegrundlaget om en operationel leasingtransaktion kan dog adskille sig så markant fra aftalepraksis i almindelige erhvervslejemål, at aftaleforholdet af denne grund falder uden for erhvervslejeloven, jf. *Gangsted-Rasmussen* (2015), s. 255 ff., med henvisninger til praksis.

Forskellen mellem finansiel og operationel leasing ses først og fremmest i beregningen af leasingydelsen. Mens den i aftaler om finansiel leasing fremtræder som en *amortisering af en købesum*, fastsættes den i operationel leasing som et *fast beløb* baseret på brugsværdien, og gerne med en rabattering, jo længere leasingperioden varer. Er aftalen længerevarende, vil den månedlige leasingafgift typisk blive *indeksreguleret*. Som almindeligt princip bør vederlaget fastsættes som summen af leasinggivers *transaktionsomkostninger*, den forventede *værdinedgang* i leasingperioden og en *fortjeneste*. Værdinedgangen kan enten være en følge af slitage eller af økonomisk afskrivning. Derfor spiller det ved den nøjagtige beregning af leasingydelsen ind, hvilken *udnyttelsesgrad* der kan forventes, og hvilken *salgspris* det leasede har efter aftaleophør. *Specialudstyr* (f.eks. en speciel type maskine), der ikke kan forventes at være genstand for en stadig og tilbagevendende interesse, vil alt andet lige koste mere at lease end *standardudstyr* (f.eks. en personvogn), der i en stadig strøm kan udlejes til forskellige kunder. I visse leasingaftaler beregnes

Retsgrundlaget

Vederlaget

leasingafgiften i forhold til leasingtagers *faktiske brug* af det leasede. En sådan afregningsform er f.eks. praktisk for udstyr, der registrerer benyttelsen (f.eks. fotokopieringsmaskiner og motorkøretøjer).

Varighed

Typisk – men ikke nødvendigvis – vil aftaler om operationel leasing have en kortere varighed end aftaler om finansiel leasing. Der vil ikke være aftalt nogen grundperiode, og leasingtager kan derfor opsigte aftalen med et varsel, f.eks. på 1 eller 3 måneder, til udløbet af et kvartal, hvis ikke kortere. Ofte vil leasingtager have mulighed for inden for en periode at erstatte det leasede med andet og nyere udstyr (ombytningsret). Ligeledes indbygger man ofte en regel om, at aftalen forlænges automatisk for et år ad gangen ved aftaleperiodens udløb. Er der ikke indgået udtrykkelig aftale om opsigelse, må en sådan indfortolkes ved udfyldning, jf. *U 2002.25 H*, hvor en aftale om leasing af hospitalsudstyr var sat i værk uden et nedfældet aftalegrundlag. Leasingtager kunne frigøre sig med en opsigelsesfrist på to måneder.

6.3. Producent/distributør-transaktionen

6.3.a. Kendetegn

Parterne

Producent/distributør-transaktionen (herefter kaldet P/D-transaktion) involverer isoleret set to parter: En *producent* og en *distributør*. Transaktionens formål er, at distributøren skal bringe producentens produkt frem til en kunde. Relationen til denne kunde spiller dermed en indirekte rolle for transaktionen. I visse tilfælde kan også en (ene-)importør optræde i rollen som producent. Distributøren kan være en forhandler, eneforhandler, handelsagent, handelsrejsende, kommissionær eller et andet mellemed. Transaktionen kendetegnes i alle tilfælde ved at udfolde sig som forløberer for en efterfølgende, planlagt transaktion mellem på den ene side *producenten* eller *distributøren* og på den anden side *kunden*. Derfor må P/D-transaktionen foregribe denne efterfølgende transaktion – f.eks. ved at pålægge distributøren en bestemt optræden over for kunderne, eller ved at lægge rammer for aftaleindgåelsen med kunden, f.eks. i henseende til udvælgelse, pris, kvalitetssikring og vilkårsfastsættelse. Disse dele af transaktionen er omtalt ovenfor i afsnit 4.6.c., i gennemgangen af mellemmandens aftaleretlige kompetence.

P/D-transaktionen kan have grundlæggende betydning for såvel producentens som distributørens virksomhed. Foruden de almene reguleringsområder, som parterne bør tage stilling til, uanset hvilken retlig ramme distributionssystemet opbygges efter, beror reguleringsbehovet på, hvorledes aftalen forventes at *forandre* distributørens virke. Med forandringer følger nemlig risici for uventede problemer, misforståelser og tab.

Funktion

Ligesom en franchiseaftale er grundlaget for en franchisetagers virksomhed, kan P/D-aftalen være det for distributøren. Det gælder f.eks. autoriserede bilforhandlere, der måske har opnået deres forhandlerret eksklusivt. Angår distributionen et produkt, som markedet ikke kendte ved aftaleindgåelsen, og får forhandleren held til at skabe en afsætning for det, opstår spørgsmålet om distributørens ret til vederlag for oparbejdet *goodwill* ved opsigelse, se herom s. 363 ff.

Stærkt styrede P/D-transaktioner kan i visse henseender minde om *ansættelsesforhold*, når distributøren er en fysisk person, der binder sig til udelukkende at virke for producenten. De parallelle beskyttelseshensyn mærkes i en tendens til at beskytte den præsumptivt svagere eneforhandler (se f.eks. *U 1980.361 H*, der under tvivl om omfanget af en klausul om minimumssalg valgte den forståelse, der indebar den mindst vidtgående forpligtelse for eneforhandleren).

6.3.b. Aftaleindgåelsen

Jo mere vital P/D-transaktionen er for distributøren, desto væsentligere er det for ham at sikre sig bevis for dens aftalegrundlag. Aftaler om eneforhandling, konsignation, kommission og handelsagentur foreligger derfor normalt skriftligt. I handelsagentur giver HAL § 3 agenturgiveren og handelsagenten ret til fra den anden part at modtage et underskrevet dokument, der angiver agenturaftalens vilkår, herunder eventuelle senere aftalte vilkår. Se også lovens § 30, der gør det til en gyldighedsbetingelse, at konkurrenceklausuler foreligger skriftligt.

Skriftlighed

Forud for aftaleindgåelsen vil parterne som nævnt både have undersøgt hinandens *virksomhed* (sml. gennemgangen heraf *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.2.) og *markedet* for det produkt, der skal distribueres (se hertil afsnit 6.1.c. om markedsanalyse). For di-

Undersøgelser

tributøren er sådanne undersøgelser navnlig kritiske, hvis han forpligter sig til en minimumsomsætning. Set fra producentens synsvinkel er distributørens kvalifikationer ikke alene afgørende, hvis han opnår ret til enedistribution (hvorved dennes succes med afsætningen jo bliver altafgørende), men også hvis distributørens adfærd kan risikere at give produktet *badwill*.

Produkt-
afgrænsning

Uanset om der aftales eksklusiv distribution eller ikke (jf. herom senere), må aftalen præcisere de produkter, der skal distribueres, samt *prisen* herfor. Dette spørgsmål drøftes typisk under parternes første forhandlinger. Produktet og dets reserve-dele og indpakning, prislister samt beregningsformler for prisændringer vil typisk være præciseret i et *bilagsmateriale*. Med visse produkter medfølger certifikater vedrørende kvalitetssikring.

6.3.c. Almene reguleringsområder

Eksklusivitet

Parterne i en P/D-transaktion må først afklare, om distributøren skal operere eksklusivt eller ikke. En *ikke-eksklusiv* distributionsret (f.eks. en forhandleraftale) giver alene distributøren ret til at distribuere (i eksemplet, *forhandle*) producentens produkter på lige fod med andre distributører. Selv om den ikke-eksklusive forhandlerret kun gælder inden for et bestemt område, kan den være nok så fordelagtig, når der er stærk efterspørgsel efter produktet og gode muligheder for fortjeneste.

Derimod giver en *eksklusiv* distributionsret (f.eks. en *eneforhandlingsaftale*) distributøren eneret til at markedsføre produkterne inden for et område (marked). Enedistributøren har altså her den yderligere fordel (ud over retten til at distribuere produktet), at han agerer som den eneste på dette marked.

Med denne eksklusivitet følger særlige pligter. I en ofte citeret amerikansk afgørelse udtalte den legendariske amerikanske jura-professor og højesteretsdommer *Benjamin Cardozo*, at en aftale om eksklusiv distributionsret indebar en underforstået pligt for distributøren til at udfolde sit yderste for at afsætte produktet, se *Wood v. Duff-Gordon*, 222 N.Y. 88, 118 N.E. 214 (1917). Betragtningen udtrykker den enkle tanke, at producenten ingen interesse har i at tildele distributøren en eksklusivitet, hvis ikke distributøren til gengæld gør en særlig indsats for at afsætte produktet. Medmindre produktet spiller en helt marginal rolle for producenten, vil en ret til eksklusivitet derfor typisk være kædet

sammen med en pligt til minimumsomsætning (eventuelt i form af en egentlig aftagepligt). I mangel af sådanne aftaler må man tilsvarende ofte indfortolke en særlig pligt for enedistributøren til loyalt at gøre sit yderste for at afsætte produktet.

En eksklusiv distributionsret vil normalt være afgrænset *geografisk* og *funktionelt*. Inden for det således afgrænsede område forventes distributøren at lægge kræfterne i for at afsætte produktet.

Afgrænsning

Den geografiske afgrænsning omtales typisk som “territoriet”. Det kan f.eks. være en *verdensdel*, et *land* eller et *regionalt område* (f.eks. EU/EØS-området). Angiver aftalen intet territorium, må den almindelige regel være, at distributionsretten gælder globalt, jf. *Jørgen Hansen* (1981), s. 97. Ønsker producenten senere at begrænse et sådan territorium, må han gå frem efter opsigelsesreglerne.

– *geografisk*

Da afgrænsningen af et territorium er kritisk, bør det knyttes til objektivt konstaterbare begreber (f.eks. statslige grænser, regions- eller kommunegrænser eller postnumre, som de forelå på et bestemt tidspunkt, uanset senere indtrufne ændringer). Men selv her kan der opstå uklarhed. Omfatter Danmark f.eks. Færøerne og Grønland (sml. Grosserer-Societetets responsum i U 1965B.377)? Dernæst bør aftalen afklare, hvornår distributionen anses for *udført* på dette territorium. Er det f.eks. afgørende, hvor *distributøren* befinder sig, hvor *kunden* befinder sig, eller hvor *aftalen* indgås?

Den *funktionelle* afgrænsning retter sig mod bestemte kunder eller kunde grupper i territoriet, f.eks. afgrænset efter størrelse, branche eller teknisk infrastruktur. Funktionelle afgrænsninger benyttes navnlig i licensaftaler, hvor licenstagernes udnyttelsesret almindeligvis er begrænset i relation til “*field*” og “*use*”, jf. nærmere s. 437 og 443.

– *funktionelt*

Når en distributør overtager en tidligere distributørs område, giver det normalt sig selv, hvordan området afgrænses. Men har der ikke tidligere været en distributionsaftale, vil dette spørgsmål være et forhandlingstema. Grænsetilfælde kan eventuelt håndteres ved brug af *optioner*: F.eks. kan det aftales, at distributøren i første omgang opnår eneret til et begrænset territorium, men med ret til at udvide dette, hvis distributøren realiserer bestemte omsætningstal. Omvendt kan det være relevant at aftale en kort

Udvidelse

opsigelse, hvis distributøren ikke realiserer de omsætningstal, han har stillet producenten i udsigt.

Henvisningspligt

Både slutbrugeren og kunden vil forvente, at distributøren lader henvendelser om væsentlige produktspørgsmål gå videre til producenten, jf. for handelsagentur udtrykkeligt HAL § 21. Distributøren bør også være forpligtet til at henvise kunder, der ønsker at købe produktet uden for hans område, til rette distributør eller til producenten. Producenten har som hovedregel pligt til at henvise henvendelser inden for en distributørs område til denne.

Konkurrence

Et særligt spørgsmål er, om distributøren (hvad enten han optræder eksklusivt eller ikke) har ret til at føre *andre produkter* end producentens i sit sortiment. Ved distribution af færdigvarer til detailmarkedet vil en sådan ret sædvanligvis være forudsat. Se herved *U 2013.1538 SH*, hvor rettens sagkyndige dommere bemærkede, at *multibrandmarkedsføring* er ganske sædvanlig og i almindelighed til betydelig fordel for alle mærker og produkter. At distributøren fører en sådan flerhed af produkter, er altså ikke nødvendigvis til skade for producenten. Den velassorterede forhandler kan tiltrække flere kunder end den, der kun fører et snævert sortiment. Derfor kan der ikke opstilles en almindelig formodning for, at distributøren (hvad enten han opererer eksklusivt eller ikke) er afskåret fra også at distribuere produkter, der konkurrerer med producentens. En sådan begrænsning forekommer dog, når der tilsiges enedistribution, og hvor distributøren forventes at lægge al sin energi i at afsætte produktet.

I den “Code of Ethics”, der er udarbejdet af den internationale agentunion, IUCAB (Internationally United Commercial Agents and Brokers, se <www.iucab.com>) begrænser pkt. 7 sig til at fastslå, at “Commercial agents shall not represent directly competing products or services where this would be inconsistent with their duties towards their principals”. Art. 5 i ICC’s Commercial Agency Contract, Second edition (ICC Publ. 644) indeholder følgende konkurrenceklausul:

“Article 5 Undertaking not to compete

5.1. Without the prior written authorization of the Principal, the Agent shall not represent, manufacture or distribute any products which are in competition with the Products, for the entire term of this contract.

5.2. The Agent may represent, distribute or manufacture any products which are not competing with the Products, provided he informs the Principal in advance of such activity. However, the above obligation to inform the Principal does not apply if, in consideration: (i) of the characteristics of the products which the Agent wants to represent, and (ii) of the field of activity of the principal for whom the Agent wishes to act, it is unreasonable to expect that the Principal's interests may be affected.

5.3. The Agent shall refrain from representing or distributing non-competing products of a manufacturer who is a competitor of the Principal, if requested to do so by the Principal, provided the latter's request is reasonable, taking into account all the circumstances of the case.

5.4. The Agent declares that he represents (and/or distributes or manufactures, directly or indirectly) the products listed in Annex II on the date on which this contract is signed."

Et særligt problem angår distributørens mulighed for at rejse krav mod producenten, hvis distributørens marked undermineres ved parallelimport (eng.: *gray market*). TEUF art. 101, stk. 1, indeholder et forbud mod foranstaltninger, der begrænser adgangen til parallelimport (f.eks. i form af aftalte eksportforbud), se hertil *Jens Fejø & Grith Skovgaard Ølykke: EU-konkurrence-ret – almindelig del* (2014), s. 211 ff. På grund af EU-konkurrencereglerne er muligheden for ved aftale at modsætte sig parallelimport – og for at indføre sanktioner herimod i aftaleforholdet med producenten – stærkt begrænsede. En særlig hjemmel her til findes dog inden for rammerne af EU-retlige regler om bilforhandleraftaler, se f.eks. *U 2008.2635 SH*, der opretholdt et sådant forbud og statuerede ophævelse og fuld konventionalbod ved dets misligholdelse. Hvis P/D-transaktionen gyldigt forudsætter, at distributøren optræder eksklusivt, må det dog nok kunne aftales, at de særlige forpligtelser, distributøren påtager sig til gengæld herfor, bortfalder, hvis der ingen eneret reelt er som følge af lovlig parallelimport eller manglende håndhævelse af immaterialrettigheder.

Parallelimport

Har distributøren eksklusivitet, vil producenten ofte ønske, at distributøren skal aftage eller sælge bestemte kvanta (minimumsomsætning). Aftaler herom er som udgangspunkt bindende, men de kan være problematiske, hvis det af grunde, parterne ikke har haft kontrol over, viser sig vanskeligt at slå igennem på markedet,

Minimumsomsætning

eller hvis prisen for varen ændrer sig i forhold til det oprindeligt aftalte. Som anført af *Michael H. Svendsen* (2003), s. 27, kan ændrede prisforhold afskære en leverandør fra at fastholde sin distributør (enforhandler) på en klausul om minimumsomsætning. Tilsvarende må formentlig gælde, hvis der indtræder markante og påviselige ændringer i markedets kvalitetsforventninger til produktet.

Oplysningspligt

Uanset produktets karakter er det sædvanligt at pålægge distributøren at orientere producenten om forhold på markedet, som kan få indflydelse på dennes virksomhed, f.eks. om fremkomsten af nye, konkurrerende produkter, eller om retsstridige efterligninger af eller mangler ved produktet.

Produkt- ændringer

Fordi produktets egenskaber er afgørende for distributørens salgsarbejde, bør aftalen tage stilling til, om – og under hvilke omstændigheder – distributøren må ændre produktet. For visse produkter er ændringer ligefrem nødvendige for at understøtte afsætningen. Det gælder f.eks. højteknologiske produkter under hastig udvikling. Andre produkters salgbarhed – f.eks. mærkevarer inden for dagligvareområdet – afsættes derimod på grund af deres “klassiske” udformning. Ændringer kan da skade afsætningsmulighederne.

Prissætning

Indgår P/D-aftalen i et overordnet distributionssystem, kan producenten have interesse i at regulere prissætningen, ikke blot for distributøren, men også for efterfølgende omsætningsled, for dermed at skabe en generel prisforventning i markedet. Vilkår herom kan dog rammes af konkurrenceretlig ugyldighed. Konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 1, opstiller et generelt forbud mod aftaler, der fastsætter købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser (ved videresalg). Forbuddet rummer som udgangspunkt ikke vejledende prisangivelser, men det kan efter omstændighederne også komme til at ramme vejledende horizontale listepriser, der f.eks. udsendes af brancheorganisationer. Forbuddet gælder uanset virksomhedernes omsætning, jf. lovens § 7, stk. 2, nr. 1, jf. stk. 1. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan dog efter anmeldelse godkende sådanne aftaler mv., jf. nærmere lovens § 8, stk. 2.

Markedsføring

Foruden sin pligt til at *levere* produktet påtager producenten sig ofte at yde støtte i markedsføringen. Denne del af P/D-aftalereguleringen vil reflektere producentens strategier for *branding*,

jf. herom s. 342 f., og distributørens forudsatte *ambassadørfunktion*, se herom s. 362. Typisk skal producenten (omkostningsfrit eller mod betaling) forsyne distributøren med vareprøver, designs, tegninger og manualer, der beskriver og dokumenterer aftaleprodukterne, og som dermed kan understøtte distributørens markedsføring. Foreligger der flere distributører, gælder det om at *fordele opgaverne*, så man undgår, at producent og distributør iværksætter hver sin markedsføring med hvert sit *brand*. P/D-aftaleforholdet bør derfor tage stilling til, hvem der står for reklamekampagner, annoncemateriale og brochurer. Eventuelt bør det aftales, hvor hyppigt – og på hvis initiativ – der skal gennemføres markedsføringskampagner, herunder ved opsøgende salgsarbejde (såkaldt *canvassing*), og hvordan omkostningerne herved skal fordeles mellem parterne. For at undgå, at markedsføringen nedprioriteres af økonomiske grunde, kan det være hensigtsmæssigt at vedtage et *budget* for den. Ligeledes kan der vedtages *tidsrammer* for forskellige markedsføringsaktiviteter.

Distributionsaftalens *varighed* og *territoriale* gyldighedsområde hænger nøje sammen. Parterne vil normalt fastsætte et tidsrum, inden for hvilket distributionsretten gælder. Angår distributionen *retsbeskyttede* produkter, bør dette tidsrum maksimalt falde sammen med den periode, hvor eneretten gælder (f.eks. når et patent eller en designret udløber). Dette tidspunkt beror på patentreglerne i det enkelte territorium og kan derfor i en global distributionsaftale indtræde forskelligt i forskellige dele af et aftalt territorium.

En P/D-transaktion bør tage højde for, hvem der i det endelige opgør skal håndtere krav, der rettes mod distributøren eller producenten. Her må der sondres mellem forskellige *typer af krav* og mellem *årsagerne* til, at kravet gøres gældende. I forholdet til kunden er både producent og distributør bundet af princippet om *aftalers relativitet*: At producenten har fraskrevet sig ansvaret for mangler ved produktet i sin aftale med distributøren, afskærer ikke en kunde fra at rejse direkte krav mod producenten, hvis betingelserne herfor er opfyldt. Dernæst kan en parts mulighed for selv i et kontraktsforhold at fraskrive sig ansvar være begrænset. Således fastslår PAL § 12, at loven ikke ved forudgående aftale kan fraviges til skade for skadelidte eller den, som indtræder i skadelidtes krav.

Varighed

Ansvarshåndtering

Vederlag

Distributørens vederlag beror på den retlige ramme for P/D-transaktionen. En handelsagent vederlægges typisk med en *provision*, der fastsættes på grundlag af det gennemførte salg, jf. nærmere HAL §§ 8-15. Tilsvarende principper anvendes efter omstændighederne i kommissionsforhold. Beregningsgrundlaget for en sådan provision kan defineres på mange måder: Skal der f.eks. beregnes provision af ordrer, hvor distributøren har haft en *indirekte salgskontakt* med kunden? Hvad med ordrer, der realiseres *efter aftalens ophør* (se herved *U 2005.1564 H*)? Skal distributøren have en andel af den provision, som optjenes i et *naboområde*, hvis han har medvirket til at skaffe en ordre? Skal der honoreres særskilt for kundebistand, der ydes *efter ordren*? Og hvordan påvirker det distributørens ret til vederlag, at kunden viser sig insolvent, eller at kundeforholdet *misligholdes*, så vederlaget tabes?

Mange af disse aftaletemaer har sammenhæng med aftalens regler om provisionens *størrelse*. Grænsetilfælde kan f.eks. med fordel være genstand for vilkår om nedsat provision. Der bør også fastlægges en tidsgrænse, inden for hvilken indkomne ordrer giver distributøren ret til provision.

Oplysningspligt mv.

Foruden beregningsgrundlaget bør parterne vedtage formelle regler, der giver mulighed for at *gøre status* over salget undervejs, hvis ikke disse oplysninger kommer af sig selv, efterhånden som bestillingerne indgår hos producenten. Navnlig bør distributøren orientere producenten, hvis der indtræder forhold, der må føre til en tilbageregulering af ydede forskud (f.eks. at kunder viser sig insolvente).

Effektivitet

Angår distributionen en masseproduceret vare, som forventes afsat i stort antal, bør P/D-transaktionen pålægge distributøren at tilrettelægge sit salg, så kunderne sikres hurtig og effektiv levering. For at levere hurtigt kan det være nødvendigt at opretholde et *varelager* af en vis størrelse. Et sådant varelager skal i sagens natur finansieres, hvilket indebærer en udgift. Her gælder det om at finde en balance. En mulighed kan være at give distributøren længere kredit på bestillinger, der alene har til formål at opbygge et varelager.

Forpligtende salgsinformation

Det retlige grundlag for producentens program for eftersalgsservice og vedligeholdelse vil normalt være lagt til rette som et antal løfter afgivet af producenten til markedet, udtrykt enten på

hjemmesider, i annoncemateriale eller som en del af produktokumentationen. Alt efter deres indhold kan distributørens kunder gøre sådanne løfter og tilsagn gældende umiddelbart mod producenten, selv om der ikke i øvrigt består noget aftaleforhold mellem producent og kunde. Er tilsagnet betinget af, at kunden registrerer sig med en identifikationsbetegnelse for det købte produkt, suppleret med navn, e-mailadresse og anden identifikation, kan løftet selvsagt først håndhæves, når disse betingelser er opfyldt.

Som nærmere beskrevet i *Praktisk aftaleret* afsnit 3.4. kan også andre oplysninger fra producenten end dem, der har form af løfter og aftaler, påføre distributøren indirekte pligter. Disse pligt må i så fald have grundlag i særskilt hjemmel. En sådan findes f.eks. KBL § 76, stk. 1, nr. 2, om vildledende oplysninger (som nævnt i nr. 1) hidrørende fra tidligere salgslid. Omvendt kan distributørens markedsføringsarbejde også påføre *producenten* pligter, når kundernes forventninger til produktet resulterer i skuffelse eller tab, f.eks. i forbindelse med produktskader. For at undgå sådanne retskrav kan det være nødvendigt, at en distributionsaftale fastslår kravene til en sådan markedsføringsinformation.

P/D-aftalen bør tage stilling til, hvilken ret og pligt distributøren har til at anvende producentens navn og varemærke. En ret hertil kan på den ene side være til producentens fordel, fordi den understøtter hans *branding*. På den anden side kan en uagtensom omgang med varemærker pålægge producenten utilsigtede pligter, når kunder har grund til at anse aftalen for indgået med producenten, se f.eks. *U 1994.146 Ø*, hvor en annoncerende franchisegiver blev forpligtet over for en kunde, der ikke kunne forventes at vide, at hans aftalepart (franchisetageen) drev selvstændig virksomhed og derfor som udgangspunkt kun forpligtede sig selv. Distributøren bør i den forbindelse påtage sig at sikre producentens image på markedet. Behovet for sådanne regler beror på risikoen for *badwill*, jf. bemærkningerne straks nedenfor om distributørens ambassadørfunktion.

HAL § 4 fastslår, at handelsagenten ved udførelsen af sit hverv skal varetage agenturgivers interesser, handle loyalt og redeligt mv. og træffe rimelige foranstaltninger mv. Bestemmelsen udtrykker den loyalitetspligt, der almindeligvis vil være underforstået i samarbejdet mellem producent og distributør. Loyalitetspligten

*Navn og
varemærke*

Loyalitetspligten

går begge veje. Producenten forventes på sin side at agere på en måde, der letter distributørens salgsarbejde. Og distributøren forventes på sin side at optræde på en måde, der sikrer producentens *brand*. Karakteren af denne gensidige loyalitetspligt beror dog på distributionen. Jo mere eksklusiv den er, og jo mere værdifuld producentens branding er, desto mere loyal forventes distributøren at være. Den goodwill, producenten har opbygget om sit produkt, får distributøren fordel af i sit salgsarbejde. Derfor er det mere kostbart at opnå ret til at distribuere et kvalitetsprodukt med en stærk *branding*, end det er at distribuere sekundavarer, som markedet ikke knytter særlige forventninger til.

*Ambassadør-
funktion*

Producenten af stærkt *brandede* kvalitetsprodukter, der afsættes i et kvalitetssikret (og måske eksklusivt) distributionssystem, kan dog ikke forlade sig på dette almindelige princip. Kvalitetsproducenten vil forlange, at hans distributører optræder som værdige *ambassadører* for produktet. Sådanne distributører udvælges efter en helt særlig *kvalitetssikring*. Her er det ikke tilstrækkeligt, at distributøren opfylder lokale myndighedskrav og er medlem af den relevante brancheorganisation. Han må også respektere de særlige kvalitetskrav, producenten står for i henseende til den *forædling* af produktet, distributøren tilføjer ved sin vejledning, uddannelse og eventuelle installation mv., og i henseende til den praktiske *kundehåndtering*. Ligeledes må distributøren respektere den *forretningsmodel*, producenten har valgt, herunder – i det omfang sådanne begrænsninger gyldigt kan pålægges – eventuelle forbud mod distribution med henblik på videresalg, se hertil *U 2008.2635 SH*, hvor misligholdelse af sådanne pligter gav grundlag for ophævelse og konventionalbod.

Fordi distributørens handlinger falder tilbage på producenten (jf. ovenfor), vil det typisk blive betragtet som væsentlig misligholdelse, at distributøren optræder på en måde, der belaster producentens *brand* eller dementerer hans kvalitetskrav, se herved *U 2009.2180 H* (ophævelse berettiget efter distributørs videresalg af importerede biler til uautoriserede forhandlere), *U 2005.2408 H* (ophævelse med rette efter bilimportørs videresalg af bil, der af sikkerhedsmæssige grunde var tilbagekaldt) og *U 1990.748 H* (eneforhandleraftale fandtes misligholdt ved, at eneforhandleren ikke havde benyttet producentens produktnavn).

Ophør

Ofte vil resultatet af distributørens salgsarbejde først vise sig

over tid. Kunder skal “varmes op”, og kendskabet til produktet indarbejdes. Da distributøren for så vidt investerer i fremtiden, har han en forståelig interesse i, at denne investering ikke mistes efter en opsigelse fra producentens side og herefter “tilegnes” af denne. Problemet har to aspekter. Det ene har at gøre med, hvilken *opsigelsesfrist* distributøren skal acceptere. Det andet angår spørgsmålet, om distributøren har krav på en *kompensation*, når aftalen opsiges aftalemæssigt:

Ved fastsættelsen af opsigelsesfristen må der på den *ene side* lægges vægt på *producentens* interesse i at sikre sin afsætning på en måde, der stemmer med hans strategiske overvejelser. Dette hensyn kan begrunde, at en distributør må udgå af distributionsnettet med henblik på at give producenten stordriftsfordele ved brug af en anden distributør mv. På den *anden side* har det betydning for opsigelsesfristens længde, hvilken indsats den enkelte *distributør* forventes at yde (og hvilken risiko han påtager sig i den forbindelse, f.eks. i relation til minimumsomsætning), og hvilken *eksklusivitet* han har. Interessen i at beskytte en distributør, der gennem en langvarig og kvalitetsfuld indsats har åbnet markedet for et nyt og uprøvet produkt, er mere tungtvejende end interessen i at beskytte en distributør, der i en kortere periode har videreført salget af et indarbejdet produkt.

Har parterne forsømt at regulere opsigelsesadgangen, træder domstolene til med udfyldende regler. I *U 1993.130 H* var en eneforhandlingsaftale indgået mundtligt, fordi parterne ikke kunne enes om detailvilkårene. Højesteret fandt, at opsigelsesvarslet burde fastsættes til 3 måneder. I *U 1978.546 SH* var der aftalt eneforhandling mod minimumsomsætning. Det aftalte minimum var ikke realiseret, og leverandøren havde forbeholdt sig at foretage andre dispositioner. Desuagtet fandtes aftalen at pålægge en forpligtelse til ikke at optage konkurrerende salg. Eneforhandleren ansås erstatningspligtig for at have gjort dette. *U 2000.567 H* statuerede i en situation, hvor der ikke forelå nogen klar aftale om opsigelsesvarsel, at der skulle gælde en opsigelsesfrist på 6 måneder. I *U 2004.148 H* udtalte Højesteret, at der i et langvarigt eneforhandlerforhold (40 års eneforhandling af udstyr til arbejdssikkerhed) i mangel af anden aftale måtte gælde et opsigelsesvarsel på 6 måneder.

En distributør, der med succes har oparbejdet et marked for

1. *Opsigelses-
fristen*

2. *Kompen-
sation*

det distribuerede produkt, har dermed skabt en værdi, der ofte overstiger distributørens udkomme ved det enkelte salg. Hvis distributøren skulle overdrage sin distributionsvirksomhed, ville han som en del af vederlaget for virksomheden kunne forlange betaling for værdien af den *goodwill*, som den oparbejdede kundekreds repræsenterer. I distributørens perspektiv vil denne værdi fremtræde som resultatet af distributørens salgsarbejde, navnlig når der ikke fandtes noget marked for produktet, da distributionsaftalen blev indgået. Men i producentens perspektiv vil denne værdi i hovedsagen bero på producentens eget *brand*: Distributøren kunne jo slet ikke have opbygget noget marked uden dette brand.

Derfor er spørgsmålet om distributørens ret til godtgørelse ved opsigelse et vanskeligt og følsomt forhandlingstema. Forskellige retlige og forretningsmæssige synspunkter vil blive gjort gældende under forhandlingen, og disse synspunkter har tilsvarende været gjort gældende ved domstolene, hvis distributionsaftalen ikke har taget stilling til dette spørgsmål.

Er opsigelsen kontraktmæssig, er det vanskeligt at hævde, at distributøren lider et *tab*, som producenten skal erstatte. Kontraktstridig ophævelse eller annulation kan derimod begrunde krav om erstatning for markedsforstyrrelse, se f.eks. *U 2013.736 H*. Omvendt vil der i mange tilfælde være tale om, at producenten *beriges* ved distributørens salgsarbejde, når han efter en aftalehjemlet opsigelse kan overtage og udnytte det marked, som distributøren har haft held til at opbygge, jf. kriteriet om agenturgiverens "betydelige fordele" i handelsagentlovens § 25, stk. 1, nr. 1, 3. led. Særlige spørgsmål opstår, hvis distributøren i forventning om fortsat distribution har foretaget særlige investeringer i markedet (f.eks. i form af annoncekampagner, varelageropbygning, etablering af infrastruktur til eftersalgsservice mv.), som producenten kan høste frugterne af efter opsigelsen. Hertil kommer den usikkerhed, der altid vil bestå for, at ændringer i forbrugsmønstre og konjunkturer betyder, at ingen af parterne *ville* have høstet disse frugter.

For *handelsagenter* er forholdet reguleret i HAL §§ 25-29. Se herved bemærkningerne i afsnit 6.3.d. Loven bygger på et EU-direktiv (86/653/EØF) og kan derfor ikke uden videre betragtes som udtryk for gældende danske retsgrundsætninger

på området. Ikke desto mindre har loven utvivlsomt haft indflydelse på udviklingen af den retspraksis, der har udviklet sig vedrørende andre distributionsformer, herunder ikke mindst i relation til spørgsmålet om godtgørelse ved ophør, som anført straks nedenfor. En tilsvarende betydning kan erstatningsreglen i § 3a i lov om benzinforhandlerkontrakter have haft, se herom s. 372 f.

I relation til det i øvrigt uregulerede område for *eneforhandlere* har retspraksis i særlige tilfælde erstattet tab af *goodwill* ved opsigelse. I *U 2000.1581 H* (hvor der i øvrigt var der rejst tvivl om, hvorvidt forhandleren var eneforhandler, og om dennes opsigelsesvarsel), tilkendtes en erstatning på 100.000 kr. for “manglende varsel” henset til samarbejdsforholdets længde og eneforhandlerens betydelige investering i markedsføringen. Derimod fandtes der hverken i *U 2013.532 H* eller *U 2013.736 H* at foreligge sådanne særlige omstændigheder, at eneforhandleren var berettiget til erstatning for goodwill. *U 1976.947 SH* ville heller ikke tilkende “goodwill-erstatning”, da den tidligere forhandler nægtede medvirken ved kundeoverdragelse. Resultatet blev det samme i *U 1980.42 H* efter 16 års eneforhandling, se de procederende advokaters kommentar i *U 1990B*, s. 69 ff. I *U 1988.264 SH* blev der tilkendt goodwill-erstatning uden særlig begrundelse efter 9 års eneforhandling af vin. Se også *U 1991.803 SH* (goodwill-erstatning efter 16 års eneforhandling tilkendt efter restitutionssynspunkt) og *Erling Borchert & Pia Kirstine Voldmester* i *U 2005B*, s. 367 ff.

I teorien har det været debatteret, om eneforhandlere bør kompenseres for mistet kundekreds, se *Morten Wegener* i *J 1992.361* og *U 1994B*, s. 20 ff., *Erling Borchert* i *U 1993B*, s. 97 ff., *Bent Iversen: Handelsagenten og eneforhandleren*, 5. udgave (2013), s. 175 ff., og *Michael H. Svendsen* i *U 1994B*, s. 252 ff. Sidstnævnte mener på grundlag af retspraksis at kunne opstille tre betingelse for at tilkende goodwill-erstatning: (1) Leverandøren skal have bragt samarbejdet til ophør, uden at dette kan henføres til misligholdelse fra forhandlerens side, eller eneforhandleren skal have bragt samarbejdet til ophør på grund af misligholdelse fra leverandørens side. (2) Eneforhandleren skal have skabt en goodwill i form af en etableret kundekreds. (3) Leverandøren eller dennes nye eneforhandler skal have den skabte kundekreds til disposition,

dvs. skal kunne overtage den. Denne gengivelse af retspraksis står dog ikke uimodsagt, jf. *Wegener* i U 1994B, s. 350 ff.

Varelager

Ved aftalens ophør vil forhandleren ofte ligge inde med et varelager af de produkter, aftalen angår. Er det aftalt, at forhandleren efter ophør ikke længere skal kunne sælge disse produkter, vil det være en konsekvent følge heraf at pålægge leverandøren at tilbagetage kurante varer mod betaling af en nærmere fastsat værdi. Men også i andre tilfælde kan sådanne regler være hensigtsmæssige. Som anført af *Bent Iversen* (2013), s. 287, har producenten almindeligvis pligt hertil, når han uberettiget har op hævet aftalen, og når forhandleren selv har kunnet bestemme størrelsen af sit varelager.

Andre pligter

Af andre pligter kan nævnes distributørens pligt til at *undersøge* modtagne produkter. Denne pligt er bl.a. nedfældet i HAL § 7, der henviser til kap. II i KMSL. Herved sikres et klart udgangspunkt for beregning af frister for reklamation. Hurtig reaktion letter producentens muligheder for at rejse krav mod sine tidligere omsætningsled. I samme forbindelse bør nævnes distributørens pligt til at *udvise omsorg* ved lagerføringen af produkter, som leverandøren bærer risikoen for. Endelig vil producenten typisk betinge sig, at distributøren påtager sig en *konkurrenceklausul* med virkning i en periode efter aftaleforholdets ophør, sml. her ved HAL § 30. Om konciperingen af sådanne klausuler henvises til afsnit 4.1.c.

6.3.d. Handelsagentur

Kendetegn

En handelsagent er en distributør, som for agenturgiveren (producenten) mod vederlag påtager sig for agenturgiverens regning *selvstændigt og vedvarende* at virke for salg eller køb af varer. Handelsagenten præsterer sin ydelse ved at indhente *tilbud* (ordre) til agenturgiveren eller ved i dennes navn at indgå *aftale* herom, se herved HAL § 2. I modsætning til kommissionæren handler handelsagenten i agenturgiverens (hovedmandens) *navn*. Kundens relation til agenturgiveren etableres enten ved, at handelsagenten fremlægger et *tilbud*, som agenturgiveren accepterer (hvorved agenten isoleret set optræder som *bud*), *eller* ved at agenten disponerer ifølge agenturgivers *fuldmagt*. Opdragets væsentligste kendetænde ligger dog ikke i denne isolerede bistand ved aftaleindgåelse, men i det forudgående salgs- og forhandlingsarbejde.

Opgaven er i begge tilfælde at *formidle* en afsætning eller et indkøb – ikke selv at optræde som køber, henholdsvis sælger.

HAL omfatter både indkøbsagenter, salgsagenter og selvstændige handelsrejsende (også kaldet *repræsentanter*). Hvor en *handelsagent* virker fra et fast forretningssted, rejser *selvstændige handelsrejsende* fra sted til sted. Begge distributører virker som selvstændige erhvervsdrivende, og handelsagenten er derfor ofte – men langt fra altid – en juridisk person. Når handelsagenten ikke er *ansat* af agenturgiveren med en hertil hørende *stillingsfuldmagt*, jf. AFTL § 10, stk. 2, har han kun den kompetence til at binde hovedmanden, som denne udtrykkeligt udstyrer ham med.

De transaktioner, en selvstændigt virkende handelsagent involveres i, har ofte international karakter. Det internationale aspekt indebærer, at der ofte opstår lovvalgsproblemer samt en risiko for, at forskellig national regulering (herunder vedrørende det vanskelige spørgsmål om godtgørelse ved producentens opsigelse af handelsagenten) medfører indirekte handelshindringer. På grundlag af Rådsdirektiv 86/653/EØF er der indført en særlig lov om handelsagenter og handelsrejsende (HAL), lov nr. 272 af 2. maj 1990. Loven har til formål at indføre ensartede regler om beskyttelse af handelsagenter i EU, navnlig i relation til aftalens ophør. Flere af lovens regler er præceptive, jf. nærmere lovens § 1, stk. 2. Præceptiviteten gælder reglerne om *opsigelsesvarsel* (§ 22) og om *godtgørelse* (§§ 25-27). Ofte vil der være tvivl om, hvorvidt en distributionsaftale er omfattet af HAL, eller om der alene er tale om forhandling. Foreligger en begrundet tvivl, vil bevisbyrden for lovens anvendelse almindeligvis påhvile handelsagenten, jf. *U 2013.532 H*.

Præceptiviteten gør det nødvendigt at afklare, om et agenturforhold omfattes af loven eller ikke. Et af de afgørende kriterier er her afgrænsningen af begrebet “varer”. I betænkning 1151/1988 om handelsagenter og handelsrejsende, s. 43, antager Justitsministeriets arbejdsgruppe om handelsagenter, at mellemmand, der alene formidler tjenesteydelser (f.eks. speditører, rejsebureauer, forsikringsagenter, ejendomsmæglere og skibsmæglere), falder uden for loven. Som en mellemgruppe anses standardprogrammel, der markedsføres i mange eksemplarer, for at være “varer”, mens specialprogrammel snarere må opfattes som tjenesteydelser. Spørgsmålet er uafklaret i retspraksis, jf. nærmere min artikel i

Retsgrundlaget

U 1995B, s. 169 ff. Den svenske højesteret har i *NJA 2008.24* antaget, at lovens godtgørelsesregler – men ikke deres præceptivitet – kan udstrækkes ved analogi ved distribution af software.

Aftalepraksis

Skriftlighedskravet i HAL § 3 har betydet, at en række organisationer med berøring til de markeder, der betjenes af handelsagenter, har udsendt standardaftaler for handelsagenter. *Dansk Erhverv* har i november 2013 offentliggjort en “Standardformular for Agentkontrakt (agent-version)”, se <www.danskerhverv.dk>. ICC har i 2015 opdateret sin modelaftale for internationale handelsagenter (“ICC Model Commercial Agency Contract”, ICC publ. 766E). En “Nordisk Handelsagentaftale (HA82)” blev i 1982 udsendt af Industrirådet (nu DI) og dets søsterorganisationer i Finland, Sverige og Norge samt agentorganisationerne i de tre sidstnævnte lande. Efter vedtagelsen af HAL er denne kontrakt dog helt uden praktisk betydning. *ORGALIME* har i 2011 udsendt en “Model Form of Exclusive Agency Contract with Agents Abroad”. En mindre udførlig formular er i 2001 udarbejdet af IUCAB. Denne formular er imidlertid ikke udfærdiget med sigte på de europæiske regler om handelsagenter mv.

Særlige reguleringsområder

Det er vigtigt at afklare, om handelsagenten skal have *fuldmagt* til at binde producenten (agenturgiveren). Handelsagentforholdet skaber ikke i sig selv en sådan fuldmagt, se herved HAL § 16, stk. 1, og § 20, stk. 1. Skal agenten ikke have fuldmagt, bør aftalen tage stilling til, hvorledes og under hvilke rammer han skal indhente og formidle bud mv. Her gælder de almindelige principper om mellemmandens opdrag og legitimation, se hertil afsnit 4.6.c.

Reklamationer

HAL § 21, stk. 1, fastslår, at købers reklamationer til agenturgiver over mangler mv. kan rettes til handelsagenten, hvis handelsagenten har medvirket ved aftalens indgåelse. Uden særskilt bemyndigelse kan handelsagenten dog disponere for hovedmanden i anledning af en sådan henvendelse. Da selve reklamationen indeholder et påbud, hvis retsvirkninger f.eks. kan vise sig ved en fortabt ret til at udbedre mangler eller til at afværge hævebeføjelse gennem efterlevering, er det væsentligt, at handelsagenten bringer sådanne meddelelser videre. Til at understøtte en sådan regel bør aftalen fastlægge principperne for denne kommunikation, jf. nærmere *Praktisk aftaleret*, afsnit 5.3.c.

Provision

HAL §§ 9-11 regulerer i detaljeret form handelsagentens provision, herunder hvornår provisionsbeløbet optjenes, forfalder

og bortfalder. Af særlig betydning er HAL § 10, stk. 2, der giver handelsagenten ret til provision, hvis aftalen med tredjemand er bragt i stand under agenturforholdets beståen, men indgås “inden for rimelig tid efter forholdets ophør”. For en nærmere gennemgang heraf henvises til *Bent Iversen* (2013), s. 95 ff. Provisionen kan enten aftales som en *procentdel* af den formidlede omsætning, som et *fast beløb* eller som en kombination heraf. Beregnes provisionen som en procentdel, må beregningsgrundlaget herfor afklares, se hertil *Praktisk aftaleret* s. 311 f. om brutto- og nettoberegninger. Som anført af *Bent Iversen* a.st., s. 119, vil man typisk anvende en bruttoberegning, hvor varens fakturapris udgør beregningsgrundlaget. Udgifter til fragt og forsikring vil ikke indgå i et sådant beregningsgrundlag.

Aftalens regulering af agentens *godtgørelseskrav* ved opsigelse må respektere de præceptive regler i HAL §§ 25-27. Godtgørelseskravet opnås, hvis (1) agenten har skaffet agenturgiveren *nye kunder* eller en *betydelig udvidelse* af handelen med den bestående kundekreds, og forbindelsen med disse kunder *fortsat vil give* agenturgiveren betydelige fordele, og (2) betaling af godtgørelse er *rimelig* under hensyn til samtlige omstændigheder, herunder navnlig agentens tab af provision af aftale med disse kunder. Kravet maksimeres dog til “et beløb, der svarer til 1 års vederlag beregnet på grundlag af handelsagentens gennemsnitlige årlige vederlag i de seneste 5 år.” Se hertil *Jørgen Lykkegaard: Handelsagentloven med kommentarer* (2014), s. 168 ff., med henvisninger til utrykt praksis, *Erling Borchert & Pia Voldmester* i U 2005B, s. 367 ff., og U 2008.1220 H. I den sidstnævnte sag fandtes agenten ved sit salgsarbejde i en tidsbegrænset agenturaftale på 5 år (om salg af filtrerings- og ventilationssystemer) at have skaffet producenten en markedsposition, som efter agenturforholdets ophør fortsat ville give denne betydelige fordele. Agenten tilkendtes en godtgørelse efter handelsagentlovens § 25, stk. 1, nr. 2, og i øvrigt efter aftalens bestemmelser herom.

Godtgørelseskrav

Af anden praksis kan nævnes U 2000.1802 H, der afviste at yde godtgørelse til en agent, der blev opsagt i forbindelse med afviklingen af producentens aktiviteter i Norge. Agenten fik derimod erstatning efter HAL § 6 pga. misligholdelse. U 2004.1157V antog, at kunder fra messer, hvor både agenten og agenturgiveren havde været til stede, normalt var blevet

henvist til at tale med agenten med henblik på opfølgende besøg, hvorfor agenten i tilstrækkeligt omfang ansås for at have skaffet kunderne. I *U 2001.1666 H* havde agenten siden 1984 været handelsagent i Danmark for en hollandsk producent af gardin- og møbelstoffer. Den kundekreds, som bestod ved agenturaftalens ophør, var i det hele oparbejdet gennem agentens mangeårige virke, hvilket isoleret set talte for at fastsætte godtgørelsen til et beløb i nærheden af maksimumbeløbet efter lovens § 26. Godtgørelsen blev efter en samlet afvejning fastsat med udgangspunkt i agentens provisionsindtægt i de sidste 12 måneder forud for agenturaftalens ophør. I *U 2001.1309 H* fandtes en opsagt handelsagent alene at have krav på provision af ordrer formidlet i aftaleperioden, men ikke på godtgørelse. Der lagdes herved vægt på de betydelige beløb, agenten havde oppebåret i provision af salg i de år, hvor afsætningen havde været god.

6.3.e. Forhandling og eneforhandling

Forhandling

Forhandling er en distributionsform, hvorved en distributør (forhandleren) får ret til at forhandle producentens produkt eller varesortiment. I modsætning til kommissionsforholdet handler forhandleren for *egen regning*. Det er altså ham selv, der tjener – eller sætter til – på sin aftale med kunden. Hans fortjeneste ved transaktionen beror på, hvor billigt han kan indkøbe produktet hos producenten, og hvor dyrt han kan sælge det til kunden. Forholdet til kunden (tredjemand) spiller kun en indirekte rolle for forhandleraftalen. Spørgsmål om fuldmagt opstår kun i undtagelsestilfælde og da på særskilt grundlag. De centrale spørgsmål involverer producenten (*leverandøren*) og distributøren (*eneforhandleren*). Forhandlerens relation til kunden kan dog få indirekte betydning for producenten, hvis hans handlinger underminerer tilliden til produktet og dermed dettes *brand*.

Som anført af *Bent Iversen* (2013), s. 217 ff., kan det være vanskeligt at skelne skarpt mellem eneforhandling og kommission. Kriteriet er, om distributøren virker for *egen regning*, men den enkelte aftale kan være ledsaget af pligter, der i større eller mindre grad flytter risikoen over på distributøren. Hvis distributøren bærer den økonomiske risiko ved, at hans salgsbestræbelser ender resultatløst, kan det være mere nærliggende at betegne distributionen som forhandling. I kommissionsforhold skal distributøren (*kommissionæren*) ikke købe produktet af producenten (*kommittenten*), når der ingen aftale bliver. Det skal han i den typiske forhandleraftale, hvor et svigtet salg vil skabe et varelager hos forhandleren. I *U 2014.2867 H* fandtes det forhold, at en benzinforhandler som

led i en forpagtningsaftale om en benzinstation modtog brændstoffet i kommission (dvs. med den virkning, at han – modsat situationen ved forhandling – på intet tidspunkt blev ejer af det leverede) ikke at bringe distributionen uden for loven om benzinforhandleraftaler.

Forhandleraftalens essentielle komponent er producentens løfte om, at forhandleren (på nærmere fastsatte vilkår) kan købe og afsætte producentens produkter. Et sådant løfte er værdifuldt, hvis produktet har opnået et marked, som giver mulighed for en god fortjeneste ved videresalget. På grundlag af sin særlige (men ikke nødvendigvis eksklusive) ret til at forhandle det attraktive produkt kan forhandleren investere i en salgsorganisation og afholde markedsføringsomkostninger. Ved at pålægge forhandleren særlige pligter vedrørende karakteren og omfanget af dennes markedsføringsarbejde, kunderådgivning, bistand og afrapportering kan producenten dermed styre sin afsætning og kontrollere sit *brand*, jf. herom s. 342.

I en *eneforhandleraftale* giver producenten forhandleren *eneret* til at sælge produktet. Eneretten afgrænses til et territorium, jf. de generelle bemærkninger herom i afsnit 6.3.c. Den forudsætter, at markedet kun kan købe det eneforhandlede produkt hos én leverandør. Fungible ydelser såsom grus, sand, korn, kaffe og fisk kan kun “eneforhandles”, hvis de forædles eller på anden måde tilføjes et særpræg, f.eks. gennem brug af varemærker eller særlige forretningskoncepter, sortering eller kvalitetssikring. En immaterialretlig retsbeskyttelse (ved patent, varemærke, designret, ophavsret eller retsbeskyttede erhvervshemmeligheder) vil altid tilføje produktet et særpræg, der i princippet giver grundlag for en eneforhandling.

Eneforhandling

Af samme grund er der betydelige *lighedspunkter* i den aftaleretlige regulering af eneforhandlingsaftaler og licensaftaler (jf. herom afsnit 7.4.). Angår eneforhandlingen et retsbeskyttet produkt, bør en række af de bestemmelser, der vil ledsage en eksklusiv licensaftale (bl.a. om indeståelse for rettens beståen samt om licensgivers pligt til retsforfølgning af krænkere), også indgå i eneforhandlingsaftalen. Den afgørende *forskel* ligger i, at den eksklusive eneforhandling omhandler *materielle* genstande, mens den eksklusive licensaftale har *immaterielle retspositioner* som grundlag. Denne forskel afføder forskellige typer af præstationshandlinger

og forpligtelser. Kombinationsformer forekommer, når eneforhandleren skal udføre en teknisk klargøring af produktet, som kræver særlige licenser, eller når en licensaftale foreskriver, at et for slutproduktet centralt materiale (f.eks. smagsstoffet til en læskedrik) skal indkøbes hos producenten.

Retsgrundlaget

Der findes ingen lovgivning om hverken forhandler- eller eneforhandleraftaler. Derfor må retsstillingen udelukkende udledes af parternes aftale. En indirekte regulering fremgår dog af de EU-retlige konkurrenceregler, her først og fremmest Kommissionens *meddelelse* om retningslinjer for vertikale begrænsninger (EUT 2010/C 130/01), der knytter sig til dens forordning om anvendelse af TEUF art. 101, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (Kfo 330/2010 af 20.4.2010).

Der foreligger en vis *retspraksis*, der udfylder aftaler om eneforhandling og distribution. Mange af disse sager omhandler forhandlerforhold, der enten ikke har været formaliseret ved skriftlige aftaler, eller hvor parternes samarbejde efterfølgende har udviklet sig anderledes end aftalt, se f.eks. *U 2009.1214 H*. I sådanne tilfælde må domstolene udfylde retsgrundlaget efter almindelige fortolkningsprincipper, hvor parternes oprindelige, kendelige forudsætninger og deres efterfølgende dispositioner indgår med særlig vægt. Se for en gennemgang af aftale- og retspraksis om eneforhandling *Bent Iversen* (2013), kapitel 7.

Benzinforhandlere

Med lov om benzinforhandlerkontrakter, jf. lovbekendtgørelse nr. 1718 af 18. december 2010, har dansk ret fået en særlig lovgivning for en bestemt forhandlertransaktion, nemlig aftaler og tinglyste servitutter om levering af motorbrændstoffer, herunder benzin, dieselolie og gas til videresalg, samt servitutter mv., der forbyder andre leverandører end den påtaleberettigede at levere motorbrændstoffer til ejendommen til videresalg, se nærmere lovens § 1. Loven er gennemført som modreaktion på en hårdhændet aftalepraksis med lange opsigelsesfrister mv., som visse benzinleverandører havde fulgt, og som ved flere lejligheder havde givet anledning til konkurrenceretlige indgreb. Loven indfører en ret til et års opsigelse af sådanne aftaler (§ 2, stk. 2), og visse foranstaltninger (tilskud mv.) erklæres ulovlige (§ 4). Loven etablerer ikke noget generelt princip, der finder analog anvendelse på andre forhandlerforhold, jf. Sø- og Handelsrettens dom i *U 2001.1011 H* (anbringendet herom var ikke fremsat for Højesteret).

Af særlig praktisk betydning er lovens § 3a, der giver en opsagt forhandler, der driver sin virksomhed på grundlag af en *forpagtningskontrakt* med leverandøren, ret til *erstatning* for opsigelsen. Ved fastsættelse af denne erstatning tages der navnlig hensyn til længden af det tidsrum, hvori forpagtningsforholdet har været, værdien af kundekredsen, virksomhedens nettooverskud, værdiforringelsen af forpagterens inventar og lignende ved fraflytning (medmindre bortforpagteren overtager dette), forpagterens flytteudgifter samt vægtige indvendinger mod forpagterens person eller forretningsførelse, hans behandling af det forpagtede anlæg og hans forbedringer af dette. I retspraksis har der udviklet sig nogle almindelige principper for, hvordan denne erstatning udmåles. Det følger heraf, jf. senest *U 2014.2867 H*, *U 2011.1005 H* og *U 2000.2258 H*, at der skal tages udgangspunkt i et *gennemsnit* af de sidste tre års *driftsresultat*. Heri fradrages et driftsherrevederlag på 50 %. Se også *U 1995.663 H*.

Dansk Erhverv har i november 2013 udsendt en Standardformular for eneforhandlingskontrakt. Den forudsættes indgået uden tidsbegrænsning (§ 14) og kan *opsiges* af hver part med 6 måneders varsel til udgangen af en kalendermåned. Opsiges den af leverandøren, skal denne *erstatte* forhandleren 50 % af de dokumenterede markedsføringsomkostninger samt 50 % af forhandlerens lønomkostninger, der dokumenterbart relaterer sig til salget og markedsføringen af produkterne. Det samme gælder forhandlerens eventuelle bygningsinvesteringer, såfremt leverandøren på forhånd er orienteret herom. I tillæg hertil giver § 15 forhandleren ret til at kræve *godtgørelse* svarende til en (nærmere aftalt) procent af et års produktomsætning beregnet som den gennemsnitlige årsomsætning i de forudgående 5 år eller.

ORGALIME har i februar 2016 udsendt en “Model Form of an Exclusive Contract with a Distributor Abroad”. Inden for de forskellige centrale forhandlingstemaer (f.eks. om forhandlerens adgang at forhandle konkurrerende produkter, til at udpege underforhandlere, til at sælge uden for territoriet og ikke mindst til uopsigelighed) indeholder denne aftaleformular et antal forslag til formuleringer, som parterne kan vælge imellem. Ligeledes i 2016 har *ICC* udsendt en “ICC Model Contract on Distributorship” (ICC Publication No. 776E, 2016 Edition).

Aftalepraksis

*Konkurrence-
binding*

Som anført s. 354 f. afgives producentens løfte om eneforhandling inden for et afgrænset område (“territorium”) almindeligvis i forventning om, at eneforhandleren til gengæld vil gøre sig særlige anstrengelser for at afsætte produktet. I den forbindelse opstår spørgsmålet, om eneforhandleren skal kunne forhandle *andre produkter*, der kan udsætte det eneforhandlede produkt for konkurrence. Som ligeledes anført s. 354 f. kan der være fordele ved en samlet distribution af konkurrerende produkter. Art. 4.1 i ICC Model Distributorship Contract (ICC Publication No. 776E, 2016 Edition) forbyder salg af konkurrerende produkter inden for territoriet, medmindre der foreligger skiftligt samtykke for producenten. Ligeledes pålægger § 8 i Danske Erhvervs førnævnte Standardformular eneforhandleren ikke direkte eller indirekte at være beskæftiget med markedsføring af andre produkter inden for området, som kan antages at konkurrere med de produkter, aftalen angår. Som omtalt s. 356 har *leverandøren* til gengæld almindeligvis pligt til at *henvise* de forespørgsler vedrørende aftaleprodukter, som falder inden for forhandlerens område, til forhandleren.

*Minimums-
omsætning*

Eneforhandleren vil undertiden have pligt til at aftage bestemte minimumsmængder af produktet (minimumsomsætning) inden for bestemte perioder. En sådan pligt er f.eks. forudsat med kapitel II, art. 3, i ORGALIME’s “Model Form of an Exclusive Contract with a Distributor Abroad” (februar 2016), hvor den forudsættes udfyldt af parterne. En pligt til minimumsomsætning kan vise sig byrdefuld for den eneforhandler, der på grund af markeds-mæssige omskift støder på uforudsete vanskeligheder i sin afsætning. I relation til sådanne pligter kan distributøren derfor ofte påberåbe sig bristede forudsætninger, navnlig hvis de forhold, der forårsagede det svigtende salg, kan føres tilbage til ufyldestgørende oplysninger fra producenten. Se herved Sø- og Handelsrettens dom af 21. december 2007 i sag H-25-06 (tilgængelig på Karnov Online), der i en franchiseaftale ud fra sådanne synspunkter modificerede en pligt til minimumsomsætning. Eneforhandleren vil da lide tab ved enten at skulle købe produkterne til lager eller ved at skulle afsætte dem med rabat (med den virkning, at markedet efterfølgende vil forvente, at der også senere gives rabat). Omvendt vil et aftalt minimum for forhandlerens omsætning normalt gøre op med spørgsmålet om

eneforhandlerens misligholdelse af sin pligt til at afsætte produktet, se herved *U 1999.1943 H.*

Aftaler om eneforhandling må afklare eneforhandlerens ret til at disponere over et *restvarelager* af ikke-solgte produkter ved aftaleophør. At der er opbygget et varelager, kan skyldes, at eneforhandlerens har efterlevet sin pligt til minimumsomsætning. En sådan pligt må naturligt modsvares af en ret for eneforhandleren til at *fortsætte salget* i en periode, efter at eneforhandlingsretten er ophørt, eller af en pligt for producenten til at *tilbagetage* varelageret til indkøbspris. Varelageropbygningen kan dog også have årsag i, at eneforhandleren har misbedømt sine evner til at afsætte produktet. I en sådan situation føles det måske ikke helt så nærliggende, at producenten skulle pålægges at tilbagekøbe varelageret. §10, stk. 1, i Danske Erhvervs førnævnte standardformular pålægger producenten at tilbagekøbe alle *kurante* produkter og reservedele, som eneforhandleren har på lager ved aftalens ophør. Tilbagekøbsprisen skal svare til eneforhandlerens købspris ifølge faktura, eventuelt med tillæg af fragt, forsikringsudgifter og told. Udgifterne ved tilbageleveringen afholdes af producenten.

Ophør

6.3.f. Kommission

Kommission er en distributionsform, hvorved producenten udpeger en mellemmand til at handle som et selvstændigt virkende led i afsætningskæden, men således at producenten tager samtlige økonomiske risici – og omvendt profiterer af enhver økonomisk gevinst – ved aftalen med kunden (tredjemand). Ifølge KMSL §4 er en *kommissionær* således en person, som har påtaget sig det hverv at sælge eller købe varer, værdipapirer eller andet løsøre for en andens regning, men i eget navn. Den (producent), for hvis regning salget eller købet skal ske, kaldes *kommittent*.

Kendetegn

Forhandling/eneforhandling ligner kommission ved, at distributøren (kommissionæren) handler i eget navn, men adskiller sig fra kommission i to henseender.

For det første handler (ene)forhandleren “for egen regning”. I kommissionsforhold udføres hvervet i kommittentens interesse og dermed også for dennes regning. Som påpeget af *Bent Iversen* (2013), s. 218 ff., er denne sondring ikke altid hensigtsmæssig, eftersom skillelinjen ofte sløres ved, at mellemleddets provision

beregnes som en andel af det overskud, transaktionen realiserer. *Iversen* foreslår i stedet (s. 221) en afgrænsning, der baseres på, om mellemeddet pådrager sig økonomiske eller andre forpligtelser over for leverandøren i anledning af, at hans salgsbestræbelser har været resultatløse.

For det andet bliver kommissionæren aldrig ejer af de formueaktiver, som han distribuerer. Ejendomsretten passerer direkte fra kommittenten til tredjemand, jf. KMSL § 53, stk. 1. Selv om der, som antaget ved *U 2014.2867 H*, som omtalt s. 370 f., kan være lighedspunkter mellem kommission og andre former for distribution, indebærer dette forhold et markant særpræg. I konsekvens heraf behøver salgskommissionæren ikke at *finansiere* sit kommissionslager. Da kommittenten dermed bibeholder sin ejendomsret, vil kommissionæren typisk først skulle afregne for salget, når dette er en kendsgerning. Dermed påhviler omkostningerne til finansiering af dette salgsvarelager kommittenten. Denne finansiering kan navnlig forekomme rimelig for produkter, der enten afsættes i et fåtal af transaktioner, eller som kan leveres fra producenten til den enkelte kunde under lave transaktionsomkostninger. Kommission har derfor traditionelt været udbredt ved handel med værdipapirer og inden for særlige brancher (f.eks. bogbranchen).

Retsgrundlag

Kommissionsforholdet er undergivet en detaljeret regulering i kommissionsloven (KMSL). Konkipering af kommissionsaftaler kan med fordel tage udgangspunkt heri. Loven kan kun anvendes, for så vidt ikke andet følger af aftale eller af handelsbrug eller anden sædvane, § 1, stk. 1. Loven er dog beskyttelsespræceptiv i forhold til kommittenten (sic!) i henseende til dens regulering af fremgangsmåden ved kommissionærens selvindtræde (§§ 41-42 og § 44), § 1, stk. 2, jf. § 45. Den heraf følgende begrænsning i aftalefriheden er dog ikke nævneværdig. For det første forudsætter den, at der overhovedet *er* aftalt (eller forudsat) selvindtræde. For det andet gælder den kun i relation til den ikke-erhvervsdrivende kommittent. I øvrigt er muligheden for selvindtræde med til at kendetegne kommissionsforholdet. Derudover gælder de principper, der er skitseret i afsnit 6.3.c. Forventes kommissionæren vedvarende at virke for afsætning af kommittentens produkter, bør aftalen tage stilling til spørgsmålet om *opsigelse* (herunder om varslet herfor) samt om kommissionærens eventuelle krav på *godtgørelse*.

Der findes ingen generelt udbredte standardaftaler om kommission. Årsagen hertil ligger dels i den detaljerede lovregulering, dels i transaktionens mindre hyppige anvendelse sammenlignet med andre distributionsformer. Ved betænkning 701/1974 om ændring i kommissionsloven foreslog et justitsministerielt udvalg, at der indførtes nye fællesnordiske regler for agentforhold og kommissionsforhold. Forslaget blev ikke fulgt op herhjemme. I Sverige er en ny kommissionslov gennemført i 2009 (2009:865) til erstatning for den hidtidige, dengang fællesnordiske, kommissionslov fra 1914.

Aftalepraksis

Handelskommissionæren modtager typisk provision, KMSL § 27, men han har kun retskrav herpå, hvis tredjemands forpligtelse ifølge aftalen opfyldes, dvs. hvis kunden betaler. Skal levering ske efterhånden, og skal betaling erlægges særskilt for hver levering, kan kommissionæren forlange provision af de leveringer, som er gået i orden. Skal kommissionæren virke i forbindelse med enkeltstående salg mv., vil hans honoreringsvilkår typisk være som ved aftaler om *formidling*, se hertil afsnit 6.4.b.

Honorering

Aftaler om kommission må afklare rammerne for kommissionærens dispositioner. *Kommittenten* ønsker i sagens natur kun at tage risikoen for transaktioner, han på forhånd har kalkuleret med, men vil omvendt ikke afskære kommissionæren fra at opsoge andre muligheder, der måske kunne vise sig interessante. *Kommissionærens* interesse står og falder med det vederlag, han oppebærer for salgsarbejdet. Tilsidesætter han sine salgsinstruktioner, mister kommissionæren sit krav på provision. Ved indkøbskommission kommer kommissionæren i en sådan situation derudover til at bære de økonomiske følger af at skulle hæfte for aftalen med tredjemand.

Kommissionærens dispositioner

Ifølge KMSL § 54 medfører *salgskommissionærens* brud på kommittentens salgsinstrukts, at den godtroende køber alligevel erhverver ret til godset. Bestemmelsen er udtryk for den tankegang, at kommittenten ved at overlade godset til kommissionæren giver denne en legitimation til at disponere, se om det bagvedliggende notoritetssynspunkt, *Grundlæggende aftaleret*, s. 236 f. og 451 f. Det er væsentligt at påpege, at denne legitimationsvirkning ikke kan reduceres ved aftaledannelsen mellem kommittent og kommissionær. Der er tale om en latent risiko ved kommissionsforholdet.

Legitimation

6.3.g. Konsignation

Kendetegn

Ved en aftale om konsignation (eng. *consignment*) giver en producent (kaldet *konsignanten*) en forhandler (kaldet *konsignataren*) ret til at videresælge et produkt (en “genstand”), samtidig med at han tager et ejendomsforbehold i det. Når han sælger genstanden videre, handler konsignataren i *eget navn* (dvs. forpligter sig selv) og for egen regning (dvs. tjener og taber selv, hvad transaktionen koster af sig). Da konsignantens mulighed for at opretholde ejendomsforbehold i det solgte beror på hans reelle interesse i de genstande (det varelager), der ikke sælges, er det en nødvendig bestanddel af transaktionen, at der holdes *kontrol* med det løbende salg, og at usolgte genstande *returneres* til konsignanten (producenten), jf. f.eks. *U 2016.1313 V*. Da videresalgsrisikoen for så vidt er konsignantens, er det en sandhed med modifikationer, at salget sker for konsignatarens regning. Man kan derimod sige, at konsignanten finansierer konsignatarens køb og fritager ham for tab som følge af svigtende afsætning.

Kreditkonsignation

Konsignation forekommer navnlig i forhandlerforhold, der involverer formuegoder af stor værdi, der omsættes i forholdsvis få transaktioner, f.eks. maskiner og teknisk udstyr. Man taler om *kreditkonsignation*, når konsignanten leverer produkterne i fast regning til konsignataren. Det essentielle i transaktionen er den kredit, der tilstås konsignataren, og som f.eks. gør det muligt for ham at finansiere et salgslager (f.eks. bestående af motorkøretøjer, kunstværker eller it-udstyr).

Retsgrundlaget

Ser man bort fra det slægtskab, der består mellem konsignation og kommission (se hertil *Bent Iversen* (2013), s. 223 ff. med henvisninger til litteraturen), og den heraf følgende mulighed for ved analogi at anvende reglerne i KMSL på konsignation, har dansk ret ingen lovregler om konsignation. I relation til *kreditkonsignation* spiller de regler om ejendomsrettens overgang for løsøre, der er udviklet i retspraksis, en betydelig rolle, se hertil *Peter Mortensen: Indledning til tingsretten*, 2. udgave (2008), s. 319 ff. Parterne må derfor, bl.a. gennem klare aftaler og ved konsignantens opfølgende kontrolhandlinger, sørge for at tilrettelægge transaktionen, så de minimerer risikoen for, at konsignanten mister sin ejendomsret i relation til tredjeparter eller konsignatarens kreditorer.

Aftalepraksis

Der findes ingen almindeligt anerkendt dansk standardformulering.

larer for aftaler om konsignation. Transaktionen tilrettelægges typisk mellem ligeværdige parter. At der ingen organisationer findes på området (som derimod findes på agent- og forhandlerområdet) forklarer dette fravær af en egentlig formularret om konsignation.

Konsignation adskiller sig fra andre distributionsformer ved konsignantens ejendomsforbehold i det produkt, som konsignatøren skal afsætte. Ud over de almindelige forhold, der har at gøre med distributionssystemets tilrettelæggelse (jf. herom i afsnit 6.3.c.), kredser de væsentligste reguleringstemaer om de kontrolhandlinger, der sikrer konsignanten mulighed for at opretholde sit ejendomsforbehold i konsignationsvarelageret.

Ejendomsforbehold

6.3.h. OEM-aftaler

OEM er en forkortelse for *Original Equipment Manufacturer*. Der er tale om en ofte anvendt, men sjældent defineret, betegnelse for en aftale mellem producent og distributør, hvorved distributøren har ret til at sælge producentens produkt (eller en del af det), som om det var resultatet af distributørens produktion. Distributøren betegnes typisk som "OEM-leverandør". Terminologien er dog ikke klar. Sprogbrugen vanskeliggøres af, at transaktionen involverer to "producenter", nemlig den "originale" producent og OEM-producenten. Den nedennævnte ORGA-LIME-aftale bruger begrebet "*manufacturer*" om distributøren og "supplier" (som i sammenhængen nærmest må oversættes til underleverandør) om originalproducenten.

Kendetegn

Det produkt, der distribueres i en OEM-aftale, kan være fuldt færdigproduceret og klart til at blive pakket ind i OEM-leverandørens emballage (hvilket f.eks. forekommer inden for dagligvareområdet, hvor store detailhandelskæder ofte fører produkter som såkaldte *private labels*), eller der kan være tale om en væsentlig bestanddel i et produkt, f.eks. software, der indbygges i et it-produkt (f.eks. en programkomponent) leveret af OEM-leverandøren (også kaldet en "*software-to-software*"-OEM-aftale). Dermed følger OEM-aftalen sig til andre af de nye aftaler, som handelslivet har udviklet for at understøtte fleksibilitet og omskiftelighed i den globale konkurrence.

De principper, der gælder for distributionsaftaler, lader sig vanskeligt overføre til OEM-aftalen. Navnlig er den aftaleregulering, der har at gøre med beskyttelsen af det marked, som en

Retsgrundlaget

distributør opbygger for producentens produkter, uaktuel, når OEM-leverandøren *brand*er sine egne produkter. Den afgørende forskel består i, at OEM-leverandøren (som distributør) *fremtræder* som producent. Dette forhold betyder omvendt, at OEM-leverandøren normalt hæfter for tab forvoldt ved produktskader. PAL § 4, stk. 1, fastslår således, at “den, der ved at anbringe sit navn, mærke eller andet kendetegn på produktet udgiver sig for at være dets producent” anses for at være producent og dermed underlagt lovens objektive erstatningsansvar.

Særlige reguleringsområder

Det kan tænkes, at parterne i en OEM-aftale konkurrerer på det samme marked. Producenten leverer måske allerede et kvalitetsprodukt, hvis *brand* vil lide skade, hvis der på markedet udbydes et mindre kvalitetsfyldt produkt, som kan føres tilbage til producenten. I sådanne tilfælde er det rimeligt at pålægge OEM-leverandøren ikke at lade sit produkt fremstå som originalproducentens, og omvendt. Ofte vil det tilmed være aftalt, at ingen af parterne har ret til udtale sig om OEM-produktets reelle beskaffenhed.

Ofte vil OEM-leverandøren ændre og måske forbedre produktet. Hvis en sådan forbedring markedsføres med succes, vil markedet typisk også efterspørge forbedringen hos producenten. Producenten kan her sikre sig ved at indbygge en såkaldt *grant back*-klausul, hvorefter disse forbedringer skal tilbageføres til producenten eller gives i licens til denne. Se om sådanne klausuler s. 450 f.

6.4. Anden afsætningsbistand

6.4.a. Kendetegn

Funktion

Som led i sin afsætning vil producenten have behov for at involvere bistsandsydere til at bistå sig i salgs- og markedsføringsarbejdet. Nogle af disse bistsandsydere indtager nærmest samme rolle over for producenten, som en selvstændig distributør vil gøre. Hertil hører *mæglere* og andre *formidlere*. Andre fremtræder som (under-)leverandører af rådgivnings- og andre tjenesteydelser til producenten. Sådanne former for bistand bærer intet fælles kendetegn. Flere af disse opdrag er omtalt andetsteds, herunder i afsnit 4.5. om og rådgiveraftaler, i afsnit 4.7.b. om kunstnermanagement og i afsnit 7.6.c. om sponsorering.

6.4.b. Formidling mv.

En aftale om formidling går ud på, at formidleren (i rollen som tjenesteyder) tilvejebringer en forretningsmæssig kontakt mellem hovedmanden og en tredjemand, som hovedmanden kan have interesse i at samarbejde med. Der er stor forskel på, hvor dybt formidleren involverer sig med tredjeparten. I nogle tilfælde er opgaven løst, når tredjeparten *identificeres*. Det vil f.eks. være tilfældet, hvis tredjeparten forventes at investere i et forretningsprojekt eller en virksomhed, hvor detaljerne i alle tilfælde skal forhandles til rette med hovedmanden uden formidlerens yderligere medvirken. Sker det, optjener formidleren dermed sin provision, idet han herefter er ude af billedet. I andre tilfælde forventes formidleren at gennemføre en *aftaleforhandling* med tredjeparten. Sådan er situationen f.eks., når ejendomsmæglere medvirker ved salg af fast ejendom.

Karakteristik

Nogle af disse aftaler er genstand for lovregulering. Blandt de lovregulerede mellemlid kan fremhæves *ejendomsformidlere* (se herved §§ 29-34 i lov om formidling af fast ejendom, nr. 526 af 28. maj 2014), *forsikringsformidlere* (se herved lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 1065 af 22. august 2013) og *pantelånere mv.* (jf. lovbekendtgørelse nr. 1042 af 4. september 2015 om handel med brugte genstande samt pantelånervirksomhed). Der er intet fælles kendetegn i denne regulering andet end det generelle ønske om at beskytte kunderne på de respektive markeder. Midlerne hertil varierer derimod stærkt fra retsområde til retsområde, herunder med regler om formulartvang, pligt til at deponere betroede midler, forsikringspligt, præceptivitet, registreringskrav, vandelskrav etc.

Lovregulering

Aftaler med ejendomsmæglere er genstand for en indgående lovregulering ved den førnævnte lov om formidling af fast ejendom ("ejendomsmæglerloven"). Ifølge dennes § 29, stk. 1, skal en aftale om formidlingsopdrag være skriftlig og underskrevet af parterne, og aftalen skal bl.a. indeholde oplysninger om vederlagets størrelse eller beregningsprincipperne herfor. Formidlingsaftalen kan som udgangspunkt opsiges uden varsel, jf. § 29, stk. 3. Er der aftalt resultatafhængigt vederlag, og skal der betales vederlag ved opsigelse, jf. § 33, stk. 2, følger det af lovens § 31, at aftaleperioden højst kan være 6 måneder. Aftaleperioden kan herefter forlænges med op til 3 måneder ad gangen.

*Ejendoms-
mæglere*

Ifølge lovens § 29, stk. 4, fastsætter Erhvervsstyrelsen nærmere regler om formidlingsaftalens indhold, herunder med oplysning om ejendommen, ejendomsmæglerens rådgivning og ejendomsformidlingsvirksomheden. Disse regler er fastsat ved den såkaldte formidlingsbekendtgørelse, bekendtgørelse nr. 1230 af 21. november 2014 om formidling mv. ved salg af fast ejendom. § 21 heri angiver en række minimumskrav til standardkøbsaftaler. Disse minimumskrav udgør en nyttig huskeliste for andre typer af formidlingstransaktioner. Inden for bekendtgørelsens område kan de kun fraviges, hvis køber i købsaftalen modtager udtrykkelig og specificeret information om, at aftalen indeholder fravigelser fra de sædvanlige vilkår.

*Virksomheds-
mæglere*

Mæglerbistand anvendes hyppigt i forbindelse med overdragelse af virksomheder. Aftaler med virksomhedsmæglere minder om ejendomsmægleraftaler: Ejeren giver mægleren et *mandat* til at gå i forhandling med mulige købere. Denne mandatsaftale har gerne en løbetid på ikke under 12 måneder. Inden for denne periode kan overdrageren ikke afstå virksomheden uden om mægleren uden at betale dennes fulde honorar ved gennemført salg.

Honorering

Hvor honoraret til ejendomsmæglere typisk aftales med en fast procent, aftales honoraret for virksomhedsmæglerens gerne som en progressiv sats, der står i forhold til salgssummen, hvis sammensætning som beregningsgrundlag herefter må præciseres meget nøje. Om mæglerens salgsarbejde berettiger til salgshonorar giver ofte anledning til tvivl, jf. bemærkningerne herom i afsnit 6.4.b. Den periode, hvor salgshonorar oppebæres, vil ofte være længere end den aftaleperiode, hvor mægleren har aktivitet til salg. Gennemføres der senere et salg til en køber, som mægleren har været i kontakt med før mandatsaftalens udløb, kan det være rimeligt at honorere mægleren herfor. I mangel af sådan aftale kan mægleren imidlertid ikke kræve betaling, jf. *U 2010.1269 V*, hvor salget af en ejendom blev gennemført på et tidspunkt, hvor formidlingsaftalen var udløbet, og uden at mægleren havde indgået skiftlig aftale om forlængelse, sml. de regler herom, der i dag findes i ejendomsmæglerlovens § 29.

Forfaldstid

Aftalen bør præcisere, hvornår mæglerens honorar er optjent. Almindeligvis vil det først ske, når der er indgået en aftale som forudsat i det oprindelige opdrag. Om denne aftale indgås af den køber, som mægleren har identificeret, eller af en part, der er nært

forbundet med denne, er ikke nødvendigvis afgørende, jf. *U 2003.2151 H*, der gav en ejendomsmægler krav på provision, selv om salget af ejendommen ikke var gennemført af det selskab, der var opdragsgiver, men ved, at moderselskabet solgte det opdragsgivende selskab. Se også *Kristian Dreyer & Ali Simiab: Ejendomsmæglerloven (2015)*, s. 118 ff., samt dommene i *TBB 2011.688 Ø* (ejendomsmægler berettiget til salær, selv om køberen af erhvervs-ejendom misligholdt sin betalingsforpligtelse), *U 2008.2036 V* (krav på salær, da købsaftale efter formidlingsaftalens ophør var indgået på grundlag af ejendomsmæglerens indsats) samt *U 2006.1809 V*, *U 2003.2151 H*, *U 1995.387 Ø* og *U 1989.970 Ø*.

Hovedmanden bør ikke betale for at få anvist en køber, som han ingen interesse har i, f.eks. fordi de tilbudte vilkår er uinteressante. For mægleren gælder det omvendt om at sikre sig et honorar for faktisk udført arbejde. For at imødegå den første risiko bør aftalen præcist angive de egenskaber, mægleren skal lokalisere. Herudover kan hovedmanden orientere mægleren om, hvilke potentielle aftaleparter han på forhånd kender, men som han ikke vil knytte kontakt til.

Ifølge den tidligere lov om omsætning af fast ejendom (§ 11, stk. 2) bortfaldt salgsformidlerens vederlagskrav, hvis handelen ikke blev gennemført på grund af den anviste købers forhold (f.eks. manglende kreditgodkendelse). Denne regel er ikke videreført i ejendomsmæglerloven, der dermed friholder salgsformidleren for risikoen for købers betalingsmisligholdelse, se hertil *Kristian Dreyer & Ali Simiab: Ejendomsmæglerloven (2015)*, s. 122 f.

6.4.c. Reklamebureaubistand

En virksomhed, der ønsker at markedsføre sit produkt over for offentligheden, vil ofte have brug for at tiltrække kreativ bistand til sin markedsføring. Virksomheden optræder da i rollen som *annoncør*. Bistandsyderen i skikkelse af et *reklamebureau*. Bureauet knytter kontakt til udbyderen af det *medie*, hvor kampagnen skal køres (f.eks. dagspresse, ugepresse, magasinpresse eller æterbårne medier), jf. nedenfor under 6.4.c.

Aftaler med reklamebureauer rummer elementer fra flere af de transaktioner, der behandles andetsteds i denne fremstilling. Bureauets opgave er for det første at *rådgive* producenten (kli-

Karakteristik

enten) om, hvilket *image* og hvilke *afsætningskanaler* der bedst muligt vil optimere afsætningen. Dermed minder den om en konsulentaftale. Delvis som et resultat af denne rådgivning vil reklamebureauet ofte *frembringe* grafiske udtryk og tekster (slogans, salgsmateriale), som stilles til rådighed for annonceringsarbejdet. Dermed indgår de tilhørende *rettigheder* som en del af transaktionen, der dermed kommer til at rumme elementer af licensaftaler.

Historie

Reklamebureauvirksomheden har historiske rødder i de tidligere annoncebureauer, der i begyndelsen af 1900-tallet som medlemmer mellem udgivere og annoncører indsamlede og koordinerede annoncer mod en provision af listeprisen. Efter sin stiftelse i 1952 indgik Danske Reklamebureauers Brancheforening (nu "Kreativitet og Kommunikation – brancheforeningen for rådgivende kreative erhverv") aftale med udgiverne om en provisionsordning og et fastprissystem. Denne aftaleregulering findes ikke længere, men den rummer en væsentlig nøgle til forståelsen af økonomien i reklamevirksomhed.

Retsgrundlag

Reklamebureautjenester påvirkes af den intense *markedsføringsretlige* regulering. Hertil føjer sig den regulering, der følger af *immaterialretlige regler*, og som ofte giver anledning til tovtrækkeri i aftaleforhandlingen. Domstolene har undertiden ført en tilbageholdende linje med hensyn til ophavsretlig beskyttelse af reklamemateriale, jf. den tvivlsomme afgørelse i *U 1980.330 SH*, der nægtede beskyttelse af en stiliseret farvetegning, der forestillede to fugle og tre fugleunger.

Ser man bort fra den annoncemæssige regulering, forhandles reklamebureauaftaler ofte individuelt.

Kreativitet og Kommunikation (der dengang hed DRRB) har udarbejdet en såkaldt vejledende skabelon til en samarbejdsaftale mellem et reklamebureau og en annoncør (16. april 2009). Derudover arbejder foreningen med en række branchestandarder (herunder for bureauvederlag og bannerannoncering) og rammeaftaler med repræsentanter for de erhverv (dagbladene, internetmedierne mv.), der optræder som typiske aftaleparter. Se nærmere hertil <www.kreativitetogkommunikation.dk>.

6.4.d. Annoncering

Indrykning af annoncer i trykte eller elektroniske medier er for en umiddelbar betragtning ukompliceret. Annoncøren kontakter en udgiver, der først og fremmest fungerer som en kommunikationskanal, der forbinder annoncøren med en skare af læsere, seere eller lyttere. Er udgiveren omfattet af mediansvarsloven, jf. afgrænsningen i denne lovs § 1, bærer han et vist ansvar for retsstridig annoncering, se nærmere lovens §§ 9-15 og §§ 25 og 27. Det samme kan forekomme uden for lovens område, hvis udgiveren burde kende til, at der forelå en retsstridig annoncering, jf. nærmere den principielle afgørelse i *U 1996.209 H*, der gjorde udgiveren af et annoncehæfte strafansvarlig for passiv medvirken i en sådan situation. Annonceres der i en såkaldt informations-samfundstjeneste (f.eks. via nettet), gælder ansvarsreglerne i e-handelsloven, se dennes §§ 14 og 16. I kraft af disse ansvarsregler er udgiveren berettiget til at udøve en vis form for forhåndscensur over for annoncematerialet. Når denne censur er udøvet, kan udgiveren derimod som hovedregel ikke gøre indvendinger mod materialet, jf. *U 1984.555 H*. Som denne dom viser, kan det dog være vanskeligt at godtgøre, at der er lidt noget tab, såfremt en aftale herom ophæves med urette.

Vanskeligere kan det være at nå frem til beslutningen om, hvilket medie der skal annonceres i. Hvorledes annoncøren tilrettelægger sin annoncekampagne beror først og fremmest på, hvilket marked der adresseres. Er der tale om mere specialiserede produkter, som markedsføres mod tilsvarende specielle markedssegmenter, er der en særlig værdi forbundet med at annoncere på *tidspunkter*, hvor annoncen i særlig grad må forventes at nå det pågældende segment. I radio- og tv-medier giver dette først og fremmest anledning til overvejelser om, hvilken tid på døgnet (og i tilknytning til hvilke udsendelser) annoncen lægges. I trykte medier kan *tidspunktet* for udgivelsen (f.eks. afviklingen af messer eller bestemte højtider) være afgørende, ligesom der kan være en særlig værdi forbundet med at få en annonce bragt i en udgivelse, der fokuserer på et særligt *tema*. Herudover er det væsentligt at fastlægge annoncens *placering* på en måde, som giver adressaten praktisk mulighed for at udnytte den. Hvis en avisreklame forudsætter, at læseren skal udklippe og indsende en kupon, er det afgørende, at annoncen ikke placeres på ryggen af en tilsvarende

Karakteristik

Strategi og værdi

kupon. Uden særlig aftale herom må det antages, at udgiveren selv kan placere annoncen.

Betaling

I den strategiske beslutning har prisen for den enkelte annonce selvsagt stor betydning. Den vil variere alt efter oplagsstørrelse, læserunderlag, markedsforhold, sæson etc. Både papirbaserede, elektroniske og digitale medier har faste priser for annoncering. I papirbaserede (herunder ugeblade og aviser) og elektroniske (herunder radio og tv) medier sættes annoncepriser for helsidesannoncer almindeligvis på grundlag af et skøn over antallet af *kontaktpunkter*, dvs. omfanget af annoncens eksponering over for sit publikum. Det er i sagens natur mere kostbart at indrykke en annonce i en landsdækkende avis med et oplag på 100.000 end i en lokalavis med et oplag på 20.000. Derimod sættes prisen for rubrikannoncer almindeligvis efter annoncens størrelse i udgivelsen (“millimeterpris”) På digitale medier (herunder på internetmedier) afregnes typisk efter det antal gange, en annonce er tilgået (“*pay per click*”).

Aftalerelationen

Aftalen mellem annoncør og udgiver præges først og fremmest af annoncørens ønske om at nå sin målgruppe. Ofte indgås annonceaftalen som led i annonce-”pakker”, hvor der annonceres i en flerhed af dagblade, der i kraft af koncernejerskab eller strategiske alliancer opererer i fællesskab. Undertiden opererer reklamebureauer som mellemed i aftaleindgåelsen i en transaktion, der undertiden kan sidestilles med kommission, jf. *U 1976.799 SH*.

6.4.e. Leje af messestand

Funktion

Talrige forretningskontakter knyttes på messer, dvs. udstillingsarrangementer, hvor producenter og distributører inden for bestemte brancher viser deres produkter for hinanden og almenheden. Se til illustration dommen i *U 2004.1157V* som omtalt ovenfor på s. 369 f. På messer optræder hver virksomhed på sin *stand*, dvs. på et fysisk afgrænset udstillingsområde. Her udstiller virksomheden sine produkter, og dens repræsentanter er til rådighed for gæsterne på standen. På den måde kan der skabes nye og “plejes” eksisterende forretningsforbindelser. Aftalen giver udstilleren adgang til at benytte denne stand i en bestemt periode, der omfatter både messens officielle åbningsdage og et antal dage før og efter, hvor udstillerne kan bygge og nedtage deres stande.

Udstillerens interesse heri er indlysende. Messer skaber kontakt mellem virksomhederne og deres kunder. Det publikum, der finder vej til en messe, har typisk en specifik interesse i produkter af den art, virksomheden leverer. Derfor afsætter mange virksomheder med nicheprodukter en stor del af deres markedsføringsbudget til messedeltagelse eller -besøg. Messearrangøren (der ofte vil være en brancheforening) honoreres dels med et vederlag for leje af messestand, dels ved betaling for annoncering og anden synliggørelse i *messekataloget*. Hertil kommer de indtægter, der realiseres ved *publikumsbesøg* (herunder *entreindtægter*, *katalogsalg* og *afledede salg* fra kantiner mv.).

Visse messer er så velbesøgte, at driften af dem er en forretning i sig selv. Dette er f.eks. tilfældet for verdensomspændende messer som *Hannover Industrimesse* og *Frankfurter Buchmesse*. I så fald optræder et selvstændigt messeselskab som aftalepart. Messeselskabet har gerne knyttet et selvstændigt distributionsselskab til sig, som knytter kontakterne med de virksomheder i de enkelte lande, der ønsker at udstille. De meget velbesøgte messer er så eftertragtede, at ikke alle potentielle udstillere kan komme med. Her er det sælgers marked: Aftaleforhandlingen former sig som en ansøgning fra den enkelte virksomhed, og alt efter dennes størrelse og betydning samt dens adfærd ved tidligere messer afvises eller godkendes ansøgningen. Risikoen for afvisning ved næste års messe er dermed også en væsentlig sanktion i aftaleforholdet.

En aftale om leje af messestand vil altid lægge grænser for udstillerens aktiviteter på messen. Almindeligvis pålægges udstillere at være til stede under hele messen, ikke blot ved at holde standen åben, men også ved at holde denne bemannet. Ellers ville det være vanskeligt at få publikum på messens sidste dage, hvor mange udstillere ellers ville være draget hjem med ordrebogen fuld. Udstillerne forpligtes også til at følge arrangørens anvisninger om reklamering, salg og ordreoptagelse. Hvis ikke messen lever op til den "stil", der præger branchen, skræmmes både udstillere og gæster væk. Derfor sanktioneres overtrædelser gerne med hårdhændede midler, eventuelt ved bortvisning og *blacklisting*. Som illustreret ved dommen i *U 1974.654 H* kan der være betydelige interesser på spil ved en manglende adgang til den for branchen afgørende messe.

Ved leje af messestand bør udstilleren interessere sig for de

Konkurrenceforhold

Sikring

sikkerhedsmæssige rammer (vagtordning, tyverialarm mv.). Der begås ofte tyveri mod messestande – både af ting og erhvervs-hemmeligheder. Da arrangøren normalt ikke vil være ansvarlig for den slags skader, må udstilleren sikre sig selv, ved faktiske sikkerhedsforanstaltninger eller ved forsikring.

7.1. Fællesproblemer

7.1.a. Informationsbegrebet

Det moderne industrisamfund kan karakteriseres som et *informationssamfund*. En stigende del af de værdier, der produceres og anvendes, manifesterer sig som information i form af viden, know-how, erfaring og teknologi. Det gælder, hvad enten informationen indgår i selvstændige informationsprodukter eller fremtræder som beslutningsgrundlag for forretningsmæssige, menneskelige, forskningsmæssige, politiske eller andre dispositioner.

*Samfundsmæssig
betydning*

Se nærmere hertil *IT-retten* (2005), s. 71 ff. Talen om, at vi lever i et informationssamfund, blev sat på den politiske dagsorden i sidste halvdel af 1990'erne. I årene frem til årtusindskiftet oplevede man en række nye økonomiske reaktionsmønstre, der gav næring til den opfattelse, at man befandt sig i en "ny økonomi" – en informationsøkonomi. Reaktionsmønstrene ændrede sig dog til det mere velkendte, da den såkaldte "dot-com"-bobbel brast i april 2001 og sendte alverdens aktiekurser tilbage i mere realistiske prisfastsættelser. Den gamle økonomi var kommet tilbage.

Dette kapitel sætter fokus på en række aftaleforhold, hvis fælles genstand i en eller anden forstand er information. Der kan enten være tale om, at en af parterne skal præstere en *informationsmængde* (eksisterende eller under udvikling), eller om, at aftalen pålægger dens parter visse forpligtelser med hensyn til deres måde at *behandle information* på. Udveksling af information kan indgå i et utal af transaktioner gennem aftaler om køb af eller licens til *immateriale rettigheder* eller ved overladelse eller sikring af *erhvervshemmeligheder*. Tilsvarende vide er de muligheder, hvorpå information kan overføres. Dette kan f.eks. ske ved overladelse af skriftlig dokumentation, ved uddannelse af medarbejdere, ved

Karakteristik

Informations-
begrebet

selvstændige rådgivningsydelse, ved offentlige udtalelser eller ved offentliggørelse af artikler mv.

Uanset hvordan information overdrages, er det vigtigt at forstå informationers *særlige kendetegn*. En sådan forståelse tilbyder den matematiske kommunikationsteori, se nærmere hertil *IT-retten*, afsnit 2.2. (særligt s. 111 ff.). Teorien betragter en *informationsmængde* som manifestationen af en række *valg*, som en kommunikerende part har truffet i overensstemmelse med et *sprog*. Disse valg – som i en aftaleretlig sammenhæng ofte vil være forbundet med en betydelig *værdi* – beskriver teorien som et *signal*, der sendes fra en afsender (f.eks. en rådgiver) til en modtager (f.eks. en klient). Signalet fremtræder som *data*, der knyttes til et *medie*, der efter afsenderens valg formidles via den *kommunikationskanal*, der mest effektivt når modtageren. Når modtageren herefter kommer i *kontakt* med mediet, og modtageren i øvrigt har *kendskab* til det anvendte sprog (og de præmisser, hvorpå informationen bygger), fremstår signalet på en måde, så modtageren er i stand til at *fortolke* (tyde) det. Gennem fortolkningen får modtageren indblik i den overførte information, dvs. i de valg, afsenderen traf, da han sendte signalet. Data er hermed blevet til information.

Information og
medie

Det er et definitorisk krav, at informationen altid er *fæstnet til* eller *udtrykt i* et medie. Der er ingen grænser for, hvilke materielle fænomener der kan være medier for information. Mediet for en aftale kan være et stykke papir, det talte ord (lydbølger) eller det tænkte (hjernesynapser). Forskellige aftalemedier har hver deres fordele og ulemper i form af f.eks. fleksibilitet og bevisfasthed.

Sondringen mellem *information* og *medie* har betydning i talrige transaktioner. Når A overdrager et bogmanuskript til B, er der grundlæggende forskel på, om han overdrager den *information*, der manifesteres i manuskriptet (dvs. bogen som kunstværk), manuskriptet som *fysisk fænomen* (dvs. som kulturhistorisk klenodie) eller rettighederne hertil (dvs. de ophavsretlige enerettigheder). Hvor retten til det fysiske fænomen f.eks. kan være relevant til museumsbrug, er immaterialrettighederne nødvendige for at kunne udgive bogen. Det *materielle* aspekt af transaktionen – selve manuskriptets overdragelse mv. – kan altså være identisk, uanset hvorledes parterne har ønsket at regulere de *immaterielle* retsforhold. Denne dobbelthed stiller store krav til konciperingen.

Information kan udgøre aftalens *hovedydelse*. Dette er situationen i konsulent- og rådgivningsaftaler (se hertil afsnit 4.5.) og i licensaftaler (se hertil afsnit 7.4.). Ofte udgør information en *accessorisk ydelse* (f.eks. sælgerens vejlednings- og instruktionspligt). Denne pligt kan enten være aftalt særskilt (f.eks. pligt til at uddanne køberen af et kompliceret apparat), følge af *almindelige retsgrundsætninger* (f.eks. reglerne om loyal oplysningspligt) eller være pålagt ved særlig *lovgivning* (f.eks. reglerne om vejledning MFL § 7). Endelig kan det være et *mål* for et aftaleforhold at frembringe information (f.eks. aftaler om forskning eller udvikling).

Information som ydelse

I talrige transaktioner kan det være vanskeligt at udskille de informationsmæssige, immaterialretlige og materielle (håndgribelige) elementer fra hinanden: En aftale, hvorved en licenstagere erhverver ret til at benytte en patenteret opfindelse, kan f.eks. både forholde sig til retsstillingen, hvis patentet erklæres *ugyldigt*, og hvis den patenterede opfindelse viser sig at være *ubrugelig*. Disse to elementer af aftalen håndteres uafhængigt af hinanden. Og årsagen hertil kan i alle tilfælde enten ligge i opfindelsens *faktiske* udformning eller i de *informationer*, der f.eks. er bygget ind i dens software.

Systematik

Viden er magt. Den, der råder – og endda måske eksklusivt – over den viden, der kan frembringe de bedste og billigste produkter, og som kender den direkte og mest effektive vej til deres kunder, vinder i konkurrencen. Viden om de produkter og kvaliteter, som et marked efterspørger (og til hvilken pris), om effektivisering af produktionen, om tekniske problemers løsning og om kunders placering og forventninger kan slå direkte igennem på virksomhedens bundlinje. Har virksomheden skaffet sig et forspring i konkurrencen ved at opbygge eller erhverve en sådan viden, vil den søge at holde denne viden for sig selv. Dette formål varetager de immaterialretlige *eneretsregler*, der kan bringes i anvendelse ved *aftale* med de ansatte og samarbejdspartner, der også skal kunne udnytte denne information.

Økonomisk funktion

At aftaleregulere informationsanvendelse er ikke ukompliceret. Årsagen hertil ligger i de særlige egenskaber ved information og informationsoverførelse (kommunikation), der beskrives i den matematiske kommunikationsteori, se herom s. 390: Mens materielle formuegoder (f.eks. et kemisk stof) overgives ved at blive

Aftaleretlige aspekter

flyttet fra overdrager til erhverver, “overgives” information (f.eks. den formel, der beskriver stoffets kemiske opbygning), når den er *genskabt* (f.eks. kopieret, læst eller forstået – alt afhængigt af kommunikations*processen*) af en modtager. Genskabelse (kopiering) af kommunikation er essensen i enhver kommunikationsproces. Når den er sket, har det medie, der benyttes ved kommunikationsoverførelsen (papiret med formlen), udspillet sin rolle. Informationen ligger nu (også) på et nyt medie, hvor den er genskabt.

Disse egenskaber betyder for det *første*, at regler om *hemmeligholdelse* af information (se hertil afsnit 7.2. om aftaler om erhvervshemmeligheder) må forholde sig til de medier, hvorpå informationen kan tænkes at foreligge. Da den menneskelige hjerne kan være medie for information, må alle de personer, der har kendskab til hemmeligheden, underlægges pligter til ikke at kompromittere den. Ligeledes må det fastslås, *hvilke medier* informationen må overføres til. Som nærmere anført i afsnit 7.2. indebærer sikring af erhvervshemmeligheder derfor en række konkrete foranstaltninger, som kræver aftaleregulering.

For det *andet* betyder de fremhævede kommunikative egenskaber, at den retlige (og herunder aftaleretlige) håndtering af en informationsoverdragelse ikke kan nøjes med at fokusere på det *medie* (blandt mange andre mulige medier), hvorpå informationen er manifesteret. Da dette *specifikke* medie uden videre kan erstattes af et andet medie, der bærer samme information, kan informationsleverandøren typisk efterlevere effektivt uden vanskeligheder, hvis der viser sig fejl i informations*mediet*. Fejl i selve *informationen* kan derimod være anderledes vanskelige at håndtere.

For det *tredje* er erhververens råden over et informationsbærende medie ikke ensbetydende med, at informationen herpå er overført. Erhververens vej til den informationsmængde, der ligger på et medium, kan være afskåret som følge af mediet (f.eks. en effektivt lukket kuvert) eller informationen i sig selv (f.eks. en krypteret datafil). En aftale om overførelse af denne information må derfor ledsages af mekanismer, der giver erhververen mulighed for at åbne den. Samme mekanisme spiller en rolle ved kompromittering af information. Fortrolig information er først kompromitteret, når nogen skaffer sig adgang til den. Så længe

kuverten med den hemmelige formel ikke er åbnet af tredjemand, er formelen ikke kompromitteret.

Som værdifuld ressource er information – når den først er skabt – ikke underlagt den *knaphedens lov*, vi kender fra ejendomsrettens verden. En kemisk formel kan være milliarder af kroner værd omsat i en virksomheds produktionsproces. Men det papir, den er skrevet på (dvs. selve *mediet*), er det i hvert fald ikke. Selve formelen kan være genstand for indgående kommunikationsprocesser, der ikke materialiserer sig fysisk. Det er først, når formelen udføres, at den materialiseres i et fysisk produkt (et kemisk stof) med nyttevirkninger (f.eks. som lægemiddel). Disse forhold, der både påvirker aftaleforhandlingen og håndteringen af misligholdelsesbeføjelserne (herunder erstatnings- og godtgørelseskrav mv.) omtales særskilt i afsnit 7.1.c. Muligheden for at kopiere og nyttiggøre information i det uendelige imødegås ved de immaterialretlige regler, se herom afsnit 7.3., og giver udfordringer i aftaler om hemmeligholdelse, jf. nærmere nedenfor i afsnit 7.2.

Information og værdi

7.1.b. Retsgrundlaget

Der findes ikke noget generelt retsgrundlag, der under ét regulerer den retlige beskyttelse af “information”, og heller ikke nogen aftaletype, der generelt kan rubriceres som “informationsaftale”. Den immaterialretlige lovgivning tager sigte på forskellige informations*frembringelser* (f.eks. ophavsretlige værker og patenterbare opfindelser), og de informationsprodukter, der omsættes i praksis, bærer andre betegnelser, f.eks. rådgivning, edb-programmer (software), bøger, databaser mv.

I dansk teori er der ydet væsentlige bidrag til at opbygge en informationsret med hertil hørende informationsretlige grundsætninger, se hertil *Henrik Udsen*: De informationsretlige grundsætninger – studier i informationsretten (2009) og den efterfølgende diskussion i U 2009B, s. 375 ff. med bidrag af *Mads Bryde Andersen*, s. 375 ff., *Jon Bing*, s. 383 ff., *Morten Rosenmeier*, s. 389 ff., *Peter Blume*, s. 392 ff., *Jens Schovsbo*, 397 ff., og *Henrik Udsen*, s. 400 ff. Se også mit bidrag til baggrundsmaterialet for rapporten om Info-samfundet år 2000 (bilag 10), s. 121 ff. og i Festskrift til Mogens Koktvedgaard (2003), s. 5 ff.

En væsentlig del af retsgrundlaget for transaktioner, der involverer udveksling af information, hidrører fra immaterialretten, hvis hovedregler derfor kort præsenteres i afsnit 7.3. Foruden de immaterialretlige regler spiller reglerne om persondataskyttelse en rolle, bl.a. for aftaler, der indebærer overdragelse af personoplysninger. Her finder man en særlig aftalepraksis, når persondata skal overføres til tredjelande, se hertil afsnit 7.6.b. Som allerede fremhævet kan det være nødvendigt at supplere den retlige beskyttelse ad *faktisk* vej, jf. afsnit 7.2.d.

7.1.c. Almene reguleringsområder

Værdiansættelse

Som fremhævet s. 393 f. er *knaphedens lov* reelt uden betydning, når information først er skabt. Er den det, kan informationen med digital teknologi kopieres i det uendelige (f.eks. via internettet) med et minimum af transaktionsomkostninger. Et af de vanskeligste problemer ved overførelse af information består derfor i at værdibestemme den. Her er problemet ofte, at informationen *findes* – og måske ligefrem frit tilgængeligt – men at man ikke ved *hvor*. Fænomenet er velkendt: En ekspert tilkaldes for at reparere en maskine. Med en hammer slår han et bestemt sted på maskinen, hvorefter den fungerer upåklageligt. Han sender derpå en regning lydende på 10.000 kr., faktureret som: “Løn for at slå med hammer (10 kr.), udnyttelse af informationen om, hvor der skulle slås (9.990 kr.)”. Som eksemplet viser, kan værdien af information *enten* sættes lavt, målt ved de variable produktionsudgifter i transaktionen (at slå med hammeren) *eller* højt, ved at ydelsen enten sættes i forhold til brugerens *nytte* eller til leverandørens *omkostninger* til at skabe informationen.

Hvilket princip parterne i en informationsrelateret transaktion vil sætte for værdiansættelsen, beror på, hvilken *relativ knaphed* informationen er underlagt. Kan A f.eks. hævde en immaterialretlig beskyttelse, skaber denne beskyttelse en knaphed, der vil påvirke værdiansættelsen. Knapheden kan også vise sig, selv om informationen er fri, hvis ikke B har *tid* til at indsamle den hurtigt nok til at kunne realisere sit formål med den. Disse forhold spiller bl.a. en rolle for værdien af det *brand* og den *goodwill*, der indgår ved værdiansættelsen af virksomheder, se hertil s. 342 f.

Når en virksomhed skal *distribuere* sine informationsprodukter på et marked, spiller det ind, hvilke *forretningsmodeller* dette mar-

Forretningsmodeller

ked bygger på. På visse markeder leveres informationsprodukter gratis eller til gengæld for beskedne modbydelser (f.eks. ulempen ved at være eksponeret for annoncering). Først når markedet modnes, etableres der betalingsstrukturer, og i takt hermed stiger kvaliteten af den overdragne information og af de tjenester mv., der leveres med den. Markedet for distribution af nyheder og musik via digitale net udgør et eksempel herpå.

I værdisætningen af information spiller det som nævnt en stor rolle, om informationen findes i forvejen, og hvor let det er at identificere den. En skæddersyet vare koster selvsagt mere end en standardvare. Et advokatråd koster mere end et opslag i en juridisk håndbog etc. Men netop fordi den tilvejebragte information kan genbruges uden nævneværdige meromkostninger, findes der talrige grænsetilfælde mellem de to yderpunkter. Har leverandøren “skræddersyet” en informationsløsning til kunden, vil han kunne genbruge kerneelementer heri ved tilsvarende løsninger til andre kunder. Det kan ligefrem tænkes, at den *skræddersyede* informationsydelse ændrer karakter og bliver til en *standardydelse*, som leverandøren udbyder på markedet. Den kunde, der købte den “skræddersyede” informationsydelse, kommer dermed indirekte til at finansiere denne standardvare. Hvis kundens oprindelige investering var betydelig, vil kunden måske ønske at opnå del i denne værdi. I alle tilfælde har kunden en interesse i at undgå, at leverandøren gensælger den oparbejdede informationsløsning billigt til kundens konkurrenter.

*Standard eller
skræddersyet?*

En konkurrenceklausul kan være midlet til at løse det sidstnævnte problem. Men selv uden en sådan *kan* almindelige aftale- og konkurrenceretlige grundsætninger komme til undsætning. I *U 1964.221 H* måtte kunstneren Piet Hein tåle, at en medicinalvirksomhed ophævede en aftale, hvorefter Hein skulle forsyne den med “gruk” til brug for en reklamekalender. Ophævelsen skete, efter at Hein havde forsynet en konkurrerende virksomhed med tilsvarende “gruk”. Omvendt fandt *U 1984.1122 SH* i en tilsvarende situation, at maleren Per Arnoldi kunne forsyne et forsikringsselskab med illustrationer til reklamebrug, til trods for at Arnoldi allerede havde forsynet et andet forsikringsselskab med lignende illustrationer. Resultatet er dog tvivlsomt, jf. *Palle Bo Madsen* (2015), s. 319 f.

*Risiko-
håndtering*

Undertiden kommer parterne til at udveksle eller kompromittere information utilsigtet. Under arbejdet hos sin klient får en konsulent kendskab til interne forhold om f.eks. forretningsforbindelser, kundelister, indkøbspriser, rabatordninger eller interne problemer. Lige så vital denne forretningsinformation er for klienten, lige så skadelig kan den være i konkurrenternes hænder.

*Mosaik-
information*

Viden om virksomhedens eller enkeltpersoners forhold kan blive følsom, når den enkelte information kombineres med andre informationer. Slagordsmæssigt kan sådanne sammenstillinger betegnes således, at der opbygges *mosaikinformation*: En pater ankommer for sent til et selskab, hvor han over for de andre deltagere undskylder sig med, at han havde et langvarigt skriftemål fra en person, der ville have syndsforladelse for et mord. Kort efter ankommer en anden deltager i selskabet, der beklager sin sene ankomst med, at han var i kirken for at skrifte. De fleste informationer om enkeltpersoner sammenstykkedes på samme måde, f.eks. oplysninger om, hvordan en person opførte sig ved en bestemt begivenhed, der først i kombination med senere oplysninger om personen forklarer dennes adfærd og dermed personens sindstilstand.

*Information som
trussel*

Information, der formidles ukontrolleret og med utilsigtet adresse, kan være en *trussel* mod en part (f.eks. i form af negativ omtale og anden *badwill*) eller mod et aftaleprojekt (f.eks. ved at en erhvervshemmelighed *kompromitteres*). Lige så væsentligt det er for en virksomhed at *indsamle* information, lige så væsentligt er det at sikre, at den ikke utilsigtet kommer konkurrenterne til gavn. Bortset fra den beskyttelse, der følger af MFL § 19, stk. 2 og 4, og af generalklausulen i MFL § 1, har tredjemand ingen generel pligt til at respektere virksomhedens erhvervshemmeligheder og know-how. Derfor er det vigtigt, at den person, man ønsker at dele information med, afgiver løfte om fortrolighed. Et sådant løfte skaber nemlig et "samarbejdsforhold" og dermed et grundlag for at kunne opnå beskyttelsen ifølge MFL § 19. Er der tale om patenterbar know-how, indebærer en sådan aftale, at man ser bort fra aftalestridig offentliggørelse, der ellers ville afskære patentering. Dette følger af patentlovens § 2, stk. 6, nr. 1, om tilfælde, hvor kendskabet til en opfindelse skyldes "åbenbart misbrug" i forhold til ansøgeren.

Som nærmere udviklet s. 391 f. kan tilknytningen mellem information og medie gøre det vanskeligt eller umuligt at føre en kommunikationsproces tilbage. Denne kommunikationsteoretiske realitet har stor betydning for, hvordan man kan indgå og opfylde aftaler om information. Har A f.eks. som led i sin aftaleopfyldelse meddelt B en information (f.eks. et professionelt råd), giver det ingen mening at “tilbagelevere” rådet. En effektiv tilbagetagelse kan kun ske, hvis informationen er *integreret* i et fysisk medie (f.eks. en kompliceret formel nedskrevet på et stykke papir, der hverken er forstået eller kopieret af B), der kan tages tilbage som sådant, *eller* hvis A ved brug af immaterialretlige forbudsregler kan forhindre B i at udnytte den (et forhold, der som nævnt s. 282 bl.a. har betydning for vurderingen af, om KBL gælder for ydelser, der udelukkende består af information). Den sidstnævnte mulighed forudsætter, at informationen er undergivet retsbeskyttelse, f.eks. som en erhvervshemmelighed eller en patenteret opfindelse. Er den ikke det, har A reelt mistet sin ret til den efter overgivelsen. Vil man sikre sig en ejers råden over information, må det ske via de immaterialretlige regler eller ved løfter om hemmeligholdelse. Herom i det følgende.

7.2. Aftaler om erhvervshemmeligheder

7.2.a. Kendetegn og retsgrundlag

De fleste af os har et privat domæne, som vi foretrækker at holde afsondret fra omverdenen. På samme måde vil en erhvervs virksomhed normalt søge at undgå, at dens interne forhold bringes til omverdenens (og herunder konkurrenters) kendskab. Men hvor et menneskes behov for privatliv beror på *følelser*, som kan være vanskelige at forklare eller måle, kan beskyttelsen af virksomhedens erhvervshemmeligheder være afgørende for dens evne til at *konkurrere* med andre virksomheder og dermed ultimativt for dens overlevelse. Med kendskab til virksomhedens produktionsmetoder, nøglemedarbejdere, kunder og prislister vil konkurrenter forholdsvis enkelt kunne kopiere produkter og produktionsapparater eller sætte målrettet ind med rabatter mv. hvor disse rabatter kan have størst effekt. Derfor sikrer virksomhederne sig som regel imod, at den slags informationer kommer til kendskab for omverdenen – og dermed potentielt for konkurrenterne.

Formål

I kommercielle forhold tjener aftaler om hemmeligholdelse to formål.

Det ene formål er *aftaleretligt* og angår retsforholdet *mellem* indehaveren af hemmeligheden (der enten selv har udviklet den eller har erhvervet den ved aftale) og den aftalepart, som skal opnå adgang til at udnytte hemmeligheden. En sådan aftale må *præcisere* den information, der skal vedblive at være hemmelig (*retsfaktum*), og knytte retlige virkninger (*retsfølge*) til en retsstridig kompromittering.

Det andet formål er *immaterialretligt* og angår muligheden for at håndhæve erhvervshemmeligheden over for *tredjeparter*. En sådan tredjemandsbeskyttelse opnås alene på grundlag af en lovhjemmel, og opgaven består her i at sikre sig, at de relevante lovkrav opfyldes. Således beskytter både MFL § 19 og (indirekte) patentlovens § 2, stk. 6, nr. 1, en erhvervshemmelighed over for tredjeparter, der råder over hemmeligheden i strid med en indgået aftale. MFL § 19, stk. 2, knytter sin beskyttelse til, om nogen har fået adgang til erhvervshemmeligheden “på retmæssig måde” (stk. 2), henholdsvis at oplysningerne er “betroet” “i anledning af udførelsen af et arbejde”. Patentlovens § 2, stk. 6, nr. 1, giver hjemmel til at se bort fra, at en patentansøgt opfindelse er blevet almindeligt tilgængeligt på tidspunktet for ansøgningen, når dette skyldes “et åbenbart misbrug i forhold til ansøgeren eller nogen, fra hvem hans ret hidrører”.

Man kan diskutere, om denne lovhjemlede adgang til at håndhæve en erhvervshemmelighedsbeskyttelse over for tredjeparter begrundes, at de beskyttede erhvervshemmeligheder kan betragtes som immaterialrettigheder. Fraværet af et veldefineret katalog af betingelser og retsfølger (som man finder inden for andre immaterialrettigheder) taler *imod* en sådan betragtning. *For* taler derimod, at erhvervshemmelighedsbeskyttelsen kan have samme forbudsvirkninger som en immaterialretlig beskyttelse. I licensaftaler håndteres erhvervshemmeligheder ofte på samme måde som immaterialrettigheder, se hertil s. 435. Også retspolitisk er der lighedspunkter. F.eks. beskytter TRIPS-protokollen i art. 39 “undisclosed information” på lige fod med andre immaterialrettigheder. Og i konkurrenceretten håndteres misbrug af erhvervshemmeligheder generelt på samme måde som misbrug af egentlige immaterialrettigheder.

Den væsentligste tredjemandsvirkning af et løfte om hemmeligholdelse følger af MFL § 19, stk. 3, der fastslår, at erhvervsdrivende ikke må benytte en erhvervshemmelighed, såfremt kendskab til eller rådighed over den er opnået i strid med reglerne i MFL § 19, stk. 1-2. Se som eksempel herpå *U 1986.268 SH* og *U 2012.1543 V*. Denne forbudsret udgør den privatretlige *retsfølge* af bestemmelsen. Forbudsretten kan gøres gældende over for *enhver*, der opnår rådighed over en erhvervshemmelighed i strid med lovens regler. Adgangen til at udøve en sådan forbudsret har kommerciel værdi, og da den netop kan gøres gældende mod tredjeparter, kan man i praksis henføre den retlige beskyttelse af erhvervshemmeligheder til *immaterialretten*. Herudover hjemler MFL § 30, stk. 4, straf for overtrædelser af bestemmelsen.

MFL § 19

Den danske litteratur om erhvervshemmeligheder er ikke omfattende og foreligger primært i tilknytning til andre emner. Se f.eks. *Henrik Udsen* (2009), s. 161 f., 167 ff., 196 ff. og 266 ff., 295 ff., 382 ff., 429 og 450, *Jørgen Hansen* (1981), s. 100 ff., *Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen* (2015), s. 353 ff., og *Bjørn Ryberg* i *Ole Wiborg m.fl.: Opfindelser, patenter, licenser* (2000), s. 101-113, sidstnævnte om udveksling af fortrolige oplysninger med udkast til aftale herom. I Norge er emnet belyst af *Harald Irgens-Jensen* i *Bedriftens hemmelighet – og rettighet? Immaterialrett, kontraktsrett og konkurranserett mødes* (2010).

Begrebet erhvervshemmelighed indeholder tre centrale begrebskomponenter:

Retsfaktum

For det første skal der være tale om en *identificerbar* information. Selve den færdighed, hvormed man efter lang tids træning udfører en bearbejdning eller et håndværk mv., er ikke en erhvervshemmelighed, da den ikke kan kommunikerer som sådan. En formel, der præcist angiver, hvordan enhver kan foretage en sådan bearbejdning, er derimod. Typiske eksempler herpå er opskrifter, beskrivelser af tekniske procedurer, kundelister, priskalkulationer mv. Se nærmere hertil *Erling Borcher & Frank Bøggild: Markedsføringsloven*, 2. udg. (2006), s. 430 ff., der sonderer mellem *tekniske og produktionsmæssige hemmeligheder* (som typisk vil kunne patentbeskyttes) henholdsvis *kommercielle hemmeligheder* (herunder oplysninger om underleverandører, priser og forretningsbetingelser).

– “information”

– “hemmelighed”

For det andet skal der være tale om en *hemmelighed*. En information, der er kendt uden for virksomheden af parter, der ikke har afgivet løfte om hemmeligholdelse, er ikke (længere) nogen erhvervshemmelighed. Erhvervshemmeligheden må kun deles med nogen, der har pligt til at bevare den som hemmelighed. En sådan pligt kan enten følge af *lovgivningen* (f.eks. regler om advokaters eller offentlige myndigheders tavshedspligt) eller af et *løfte* om hemmeligholdelse. En virksomhed, der ønsker at beskytte en information som erhvervshemmelighed, må derfor afkræve de ansatte og samarbejdspartner, som virksomheden ønsker at dele hemmeligheden med, løfter om hemmeligholdelse. Derudover må virksomheden *sikre* hemmeligheden ved faktiske midler, så den ikke kompromitteres. En sådan sikring kan sættes ind i alle de led i en kommunikationsproces, der vil bringe hemmeligheden ud til en videre kreds, sml. herved oversigten over den matematiske kommunikationsteori, s. 390 ff.: Man kan f.eks. sikre *medier*, så de ikke kan tilgås af utilsigtede modtagere, eller gøre informationen til genstand for kryptering (hvorved den oversættes til et særligt *kodesprog*, der kun kendes af særligt indviede).

Se nærmere om denne betingelse, *Irgens-Jensen* (2010), s. 179 ff. Til at sikre erhvervshemmeligheder anvendes ofte *adgangskontrol* til virksomheden, opdeling af virksomheden i offentlige og lukkede områder, klassificering af *informationstyper* i forskellige fortrolighedsniveauer (f.eks. “til intern brug”, “fortrolig” og “strengt fortrolig”), klassificering af *medarbejdere* med hensyn til adgangen til at kunne arbejde med disse forskellige informationstyper, brug af kodeord for projektnavne (“projekt Mermaid” – i stedet for projekt om relancering af et kendt produkt) og parter (“Mr. Green” i stedet for direktør Peter Jensen), *makulering* af papiraffald, forevisning af *strafattester* for nyansatte og *kryptering* af kommunikation. Kravene hertil varierer efter virksomhedens og hemmelighedens karakter. En effektiv sikring af virksomhedens informationssystemer kan efter omstændighederne nødvendiggøre overvågning af arbejdspladser, se hertil afsnit 4.1.e. og *IT-retten*, afsnit 14.1.d og 17.4.

– “erhvervsvirksomhed”

For det tredje skal hemmeligheden knytte sig til en *erhvervsvirksomhed*. Heri ligger ikke nogen præcis begrænsning. Kravet peger dog hen imod det underforståede beskyttelsesobjekt: Den information, der beskyttes i medfør af § 19, skal kunne være af *værdi* for erhvervsvirksomheden. Men det er ikke noget krav, at hem-

meligheden aktuelt *benyttes* af en virksomhed. Alene udsigten til, at en oplysning kan nyttiggøres af en erhvervsvirksomhed som erhvervshemmelighed, i stedet for som patent, må antages at opfylde kravet. Dermed vil universiteter, der i henhold til reglerne i universitetsloven udfører skatteyderbetalt forskning med henblik på nyttiggørelse i en erhvervshemmelighed, kunne påberåbe sig beskyttelsen i medfør af MFL § 19.

Har tredjemand fået kendskab til – eller fået rådighed over – virksomhedens erhvervshemmeligheder på retmæssig måde, må han ikke ubeføjet viderebringe eller benytte sådanne hemmeligheder. Denne pligt er evigtvarende. Adgangen til at knytte strafretlige sanktioner til dette *forbud* antages derimod kun at vedvare i 3 år efter tjenesteforholdets, samarbejdsforholdets eller hvervets ophør, jf. MFL § 30, stk. 4, jf. § 19, stk. 2. *Civilretligt* varer beskyttelsen i medfør af § 19 længere end den loyalitetspligt, der følger af obligationsretlige regler, og som typisk vil følge af et løfte om hemmeligholdelse.

I medfør af straffelovens § 263, stk. 3, betragtes det som en strafforhøjende omstændighed, at en husfredskrænkelse er gennemført med forsæt til at skaffe sig eller gøre sig bekendt med oplysninger om en virksomheds erhvervshemmeligheder. En kvalificeret delmængde af begrebet erhvervshemmelighed nyder en særlig strafferetlig beskyttelse i medfør af MFL § 19, stk. 3. Det drejer sig om “tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller eller lignende”. Denne særlige know-how er beskyttet mod kompromittering ved retsbrud, enten i form af “industrispionage” eller ved brud på en aftalt hemmeligholdelse.

Med udgangspunkt i det tidspunkt, hvor parterne indgår aftale om den transaktion, der involverer udveksling eller udvikling af erhvervshemmeligheder, kan man sondre mellem *forudgående*, *oprindelige* og *efterfølgende* hemmeligholdelsesaftaler. *Forudgående* hemmeligholdelsesaftaler (også kaldet *non disclosure agreements* eller blot NDA) indgås typisk, inden et samarbejde etableres, og gælder, *uanset om* det etableres. *Oprindelige* hemmeligholdelsesaftaler indgås *som led i* den aftale, der understøtter transaktionen. *Efterfølgende* hemmeligholdelsesaftaler indgås efter aftaleforholdets etablering, f.eks. samtidig med at kritisk information uforudset skal udveksles. Sondringen har en vis betydning for, hvordan transaktionen tilrettelægges. I modsætning til den oprindelige

Retsfølgen

Forudgående og efterfølgende

hemmeligholdelsesaftale, der blot fremtræder som et aftalevilkår, vil den forudgående og den efterfølgende hemmeligholdelsesaftale typisk fremtræde som et selvstændigt forhandlet og underskrevet aftaledokument.

Den beskyttede information

Ser vi på pligtens genstand, kan man for det første udskille den information, som indehaveren har *skaffet sig* fra alment tilgængelige kanaler, enten fordi den er offentlig, eller fordi den kan erhverves fra en part, der ikke optræder retsstridigt ved at afgive den. Denne type kaldes i det følgende den *tilgængelige* information. I almindelighed bør aftaler om hemmeligholdelse ikke udstrækkes hertil, da en pligt til ikke at bruge almen viden på urimelig måde vil afskære den forpligtede fra at deltage på normal vis i samfundslivet (herunder at læse de bøger og tidsskrifter mv., som det i et demokratisk land står enhver frit for at læse).

Heroverfor står for det andet den *utilgængelige* information, der kendetegnes ved enten at udspringe af en særlig kreativ eller intellektuel indsats (i form af forskning eller udvikling) eller ved at være forankret i virksomheden og dens drift. Her vil en hemmeligholdelsespligt være naturlig, da en kompromittering typisk vil underminere virksomhedens vidensinvestering.

For det tredje har vi den information, som endnu ikke kendes på aftaletidspunktet, men som transaktionen forventes at *frembringe*, f.eks. som led i en aftale om forskning og udvikling.

Foruden disse sondringer kan man sondre mellem de forskellige former for baggrundsregulering, der giver hjemmel til hemmeligholdelse. Foruden de særlige regler om erhvervshemmeligheder, der følger af MFL § 19 (og som understøttes ved generalklausulen om god markedsføringsskik i lovens § 1), findes der talrige regler om *tavshedspligt* i speciallovgivningen, herunder for en række liberale erhverv (herunder advokater og revisorer), for medarbejdere i offentlige myndigheder (se herved reglerne i forvaltningslovens kapitel 8) og for sundhedspersonale. Hertil kan føjes privatlivsbeskyttelsen i straffelovens § 264d, der med bøde, hæfte eller fængsel indtil 6 måneder straffer den, der uberettiget videregiver meddelelser eller billeder vedrørende en andens private forhold eller i øvrigt billeder af den pågældende under omstændigheder, der åbenbart kan forlanges unddraget offentligheden. Endelig indebærer *persondataloven* en række forbud

mod “behandling” af personoplysninger, der har til formål at værne enkeltpersoner (og for visse oplysningers vedkommende virksomheder) mod krænkelse af privatlivet og den personlige integritet.

MFL § 19 hjemler en rent national beskyttelse af erhvervshemmeligheder. Denne beskyttelse blev i sin tid indført som en national lovgivning, der hverken hvilede på internationale konventioner eller EU-direktiver. Lande, der ikke selv har indført en lignende beskyttelse, kan frit tillade, at også “importerede” erhvervshemmeligheder benyttes og offentliggøres. Heri ligger en potentiel trussel: Offentliggøres en “dansk” erhvervshemmelighed i sådanne andre retssystemer, kan den danske rettighedshaver alene rejse krav, i det omfang offentliggørelsen får skadevirkninger på dansk territorium, og der kan anlægges sag mod krænkeren her. En offentliggørelse, der er lovlig på offentliggørelsesstedet, vil derimod bringe beskyttelsen til ophør globalt til stor potentiel skade for rettighedshaveren.

Dette er en del af baggrunden for art. 39 i TRIPS-protokollen, der pålægger deltagerstaterne at beskytte “undisclosed information” mod tredjeparters ulovlige erhvervelse, brug eller videregivelse. Alle EU-medlemsstaterne er bundet af denne aftale, som blev godkendt ved Rådets afgørelse 94/800/EF. Derfor beskytter stort set alle veludviklede retssystemer erhvervshemmeligheder mod retsstridige angreb, defineret på den ene eller anden måde. Nogle EU-lande (f.eks. Sverige og Italien) har særskilt lovgivning om erhvervshemmeligheder. Sådanne lovregler er også vedtaget i en række amerikanske delstater. Andre lande har som vi indført beskyttelsen i anden lovgivning. Men i stater, der ikke har tiltrådt TRIPS-protokollen, og som ikke i øvrigt har indført en national beskyttelse, er der fri adgang til at offentliggøre erhvervshemmeligheder. Dette scenarie bør virksomheden tage højde for, når den tilrettelægger sin strategi for beskyttelse af erhvervshemmeligheder.

For at sikre en ensartet beskyttelse af erhvervshemmeligheder i EU har Kommissionen den 26. maj 2014 fremsat et forslag til “Direktiv om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse”, nr. 2013/0402 (COD). Forslaget har senere været behandlet i Parlamentet, der har afgivet

*International
beskyttelse*

Direktivforslag

betænkning herom den 22. juni 2015. Parlamentets bemærkninger til forslaget er relativt beskedne. Derfor må det antages, at forslaget vil blive vedtaget i en skikkelse, der ikke ligger langt herfra.

Forslagets art. 2 definerer i overensstemmelse med art. 39 i TRIPS-protokollen en “forretningshemmelighed” som “knowhow og forretningsoplysninger”, som (a) er “*hemmelige*” i den forstand, at de ikke i deres helhed eller i den præcise konfiguration eller sammensætning af deres komponenter er almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige for personer i de kredse, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger, (b) har “*handelsværdi*”, fordi de er hemmelige, og (c) af den person, som lovligt kontrollerer oplysningerne, under de givne omstændigheder er blevet underkastet “*rimelige foranstaltninger til hemmelighedsholdelse*”. Forslaget vil sanktionere ulovlig benyttelse af erhvervshemmeligheder, som nærmere defineret i art. 3, idet medlemsstaterne skal indføre de nødvendige foranstaltninger i form af sanktioner mv., som nærmere anført i art. 5, samt brug af midlertidige og retsbevarende foranstaltninger, jf. nærmere art. 9. Vedtages forslaget, vil man hermed få en EU-retlig erhvervshemmelighedsbeskyttelse. I dag, hvor retstilstanden beror på reglerne i det land, hvor beskyttelsen gøres gældende, kan det være usikkert, hvilke krav der stilles til beskyttelsen i de enkelte lande. Denne usikkerhed vil dog fortsat bestå i relation til lande uden for EU/EØS.

7.2.b. Aftaleindgåelsen

Forudgående

Indgåelse af *forudgående* hemmeligholdelsesaftaler rummer et praktisk problem, fordi den information, der ønskes hemmeligholdt, optræder i et aftalemæssigt *vakuum* mellem parterne. A ønsker at pålægge B pligt til at hemmeligholde en information, han ikke forventes at besidde. Men det *kan* jo tænkes, at B i forvejen besidder den, uafhængigt af A. For at konstatere, om dette er tilfældet, må A fortælle, hvad det er for en information, han vil overdrage. Gør han det, får B imidlertid dermed sin ydelse uden at præstere vederlag for den og – hvad værre er – uden at være undergivet pligter i sin omgang med den.

Håndtering

Der er flere måder at håndtere dette problem på. Løsningen ligger som regel i at udveksle informationen i *faser*. I en første og tidlige fase kan parterne “gå rundt om den varme grød” ved i generelle – men uforpligtende – former at karakterisere hem-

meligheden. Er der f.eks. tale om teknisk information, kan A på sin side åbne ballet ved at beskrive, hvilket teknisk problem hemmeligheden løser. B kan heroverfor nedskrive eller på anden måde dokumentere de erhvervshemmeligheder, som B allerede besidder herom, idet denne dokumentation deponeres hos en troværdig tredjepart, der forsyner den med et uafviseligt tidsstempel (evt. i form af notarpåtegning). Viser det sig, at A er i færd med at overdrage information til B, som B havde i forvejen, kan B så – nu uden fare for at kompromittere egne erhvervshemmeligheder – fremvise den deponerede dokumentation med den virkning, at B frigøres for pligt til at hemmeligholde sin eksisterende viden. En anden fremgangsmåde består i helt at overlade spørgsmålet til en troværdig tredjepart. Det er til dels denne metode, man anvender ved *due diligence*-undersøgelser, hvor kun særskilt udpegede rådgivere mv. har adgang til datarummet. Se nærmere hertil *Bjørn Ryberg i Ole Wiborg m.fl.: Opfindelser, patenter, licenser* (2000), s. 100 ff., med forslag til aftaleløsninger.

Aftaleindgåelse vedrørende *oprindelige* hemmeligholdelsesaftaler (se herom s. 401) bør tilrettelægges i overensstemmelse med det sanktionssystem, aftalen i øvrigt opererer med. Således må der bl.a. tages stilling til, hvilke aftaleretlige sanktioner hemmeligholdelsespligten kan udløse (f.eks. forbud, erstatning, ophævelse, konventionalbod etc.), samt samspillet med andre aftalesanktioner: Normalt bør pligten til hemmeligholdelse (som det er almindeligt for regler om tavshedspligt) vedvare også efter aftalens ophør. Men skal brud på en hemmeligholdelsespligt kunne resultere i en ophævelse af aftaleforholdet med pligt til tilbagelevering af ydelser? Og hvordan skal man opgøre erstatningen for det tab, der følger af en kompromittering, hvis aftalen i øvrigt fraskriver ansvar for “afledte tab”?

Et særligt problem opstår i relation til offentligt ansatte forskere, der på den ene side får deres løn for at forske i samfundets interesse (med heraf følgende krav om offentliggørelse af forskningsresultater – “publish or perish”), men som på den anden side i stigende grad mødes med krav om, at denne forskning skal nyttiggøres kommercielt i samfundets interesse (krav, som i praksis ofte forudsætter, at forskningsresultaterne i en vis periode og i relation til visse aspekter holdes hemmelige). At indgå hemmeligholdelsesaftaler om ikke-offentliggjort universitetsforskning

*Oprindelig
hemmeligholdelse*

*Akademisk
forskning*

indebærer isoleret set et dementi af den akademiske forpligtelse til at fremlægge og publicere forskningsresultater. Men muligheden for at patentere forskningsresultater forsvinder, så snart offentligheden får kendskab til den opfindelse, der ønskes patenteret. Ifølge § 11, stk. 2, i lov om opfindelser ved offentlige forskningsinstitutioner, jf. lovbekendtgørelse nr. 210 af 17. marts 2009, kan forskningsinstitutionen (f.eks. et universitet) pålægge arbejdstageren ikke at offentliggøre eller disponere over en opfindelse i op til 2 måneder fra modtagelsen af den underretning, arbejdstageren skal give institutionen i medfør af § 10, stk. 1, om, at han har gjort en opfindelse. Arbejdstageren må under ingen omstændigheder offentliggøre eller disponere over en opfindelse, før institutionen skriftligt har bekræftet modtagelsen af den nævnte underretning, jf. stk. 3.

En ofte anvendt løsning går ud på at tidsbegrænse pligten til at hemmeligholde patenterbar know-how, så den enten *ophører*, når der er søgt patent, eller når akterne i en sådan patentansøgning er blevet offentligt tilgængelige, jf. patentlovens § 22, stk. 1-2 (ved patentets udstedelse eller 18 måneder fra ansøgningsdagen). Spørgsmålet er kontroversielt, og der er store forskelle mellem forskellige universitetsmiljøer i henseende til, hvilke forskningsresultater det anses for forskningsetisk betænkeligt at hemmeligholde.

Efterfølgende

Den efterfølgende hemmeligholdelseaftale bliver til på et tidspunkt, hvor parterne allerede har indgået aftale. Derfor må den konciperes efter de principper om aftalerevision, der omtales i *Praktisk aftaleret*, afsnit 4.5. Der er ofte behov for sådanne aftaler. En medarbejder ansættes for at drive en produktionsproces, men det viser sig senere, at hans primære opgave bliver at optimere den, og i den rolle modtager han nu en række oplysninger om virksomhedens know-how. Eller virksomhed A etablerer et samarbejdsforhold med virksomhed B, der som vilkår for dette samarbejde giver A pligt til at pålægge ledende medarbejdere en særlig hemmeligholdelsespligt.

7.2.c. Pligtens indhold

Genstand

Et løfte om hemmeligholdelse må for det første præcisere, *hvilken information* der skal holdes hemmelig, altså pligtens genstand. Uden en sådan præcisering er der risiko for, at en domstol efterfølgende vil anvende koncipist- eller minimumsreglen og for-

tolke løftet indskrænkende. F.eks. giver begrebet “tegninger” måske ikke anledning til tvivl, hvis man har papirtegninger i tankerne. Men omfatter det også en konkret model bygget på grundlag af tegningerne? Spørgsmålet kan give anledning til tvivl, hvis tegningerne rummer en anden og mere detaljeret information end modellen.

Som nærmere forklaret s. 396 kan alle hændelser sammensættes som mosaikker i et billede, der i sin helhed kan afsløre en hemmelighed. Dette forhold taler på den ene side for at male med den brede pensel. Men heroverfor står den kendsgerning, at total tavshed jo afskærer almindelig menneskelig omgang. Balancepunktet må findes efter en afvejning af, hvilke værdier der står på spil. Jo større de er, desto mere omfattende bør hemmeligholdelsespligten være. I nogle tilfælde, f.eks. ved forberedelse af virksomhedsoverdragelser, der involverer børsnoterede virksomheder, og som dermed vil rumme kursfølsom information, strækkes hemmeligholdelsespligten langt, så den forpligtede f.eks. end ikke kan omtale, at han eller hun deltager i møder på bestemte tidspunkter eller steder. I andre tilfælde er sådanne forhold kendte. Her kan aftalen i stedet være meget præcis, så hemmeligholdelsespligten knytter sig til arbejdet med en nærmere angiven proces, f.eks. “den af virksomheden anvendte teknik til oprensning af stoffet XYZ”.

Hemmeligholdelsespligten bør i alle tilfælde udelukke tidligere kendt information, herunder information, som den forpligtede – og andre – frit kunne indhente fra alment tilgængelige kilder. Hertil hører bl.a. information, der er publiceret i faglitteraturen, eller som i øvrigt er gjort tilgængelig for almenheden (på anden måde end ved brud på hemmeligholdelsesløfter). I visse tilfælde kan følsom information indhentes på lovlig vis. Det kan f.eks. tænkes, at afgiveren ikke er bundet af nogen hemmeligholdelsespligt. Et andet eksempel herpå er den adgang til at skaffe informationer ved såkaldt *reverse engineering*, der fremgår af OPHL § 37. Her indfører loven selv en særlig hemmeligholdelsespligt, se hertil OPHL § 37, stk. 2, nr. 2.

Særlige afgrænsningsproblemer opstår, når procesretlige eller offentligretlige regler indebærer, at følsom information kompromitteres, f.eks. når et vidne afgiver forklaring i retten, eller når elers hemmeligholdt information eksponeres for omverdenen via

Tidligere kendt information

Regler om offentlighed

offentlighedsregler, se f.eks. *U 1992.399 H* om undersøgelsesresultater til brug for en miljøansøgning. Undertiden kræver loven, at information offentliggøres, således f.eks. patentlovens § 22, stk. 2, som omtalt ovenfor. Når det er sket, må en hemmeligholdelsespligt, der knytter sig til selve den offentliggjorte viden, lempes tilsvarende. I praksis vil den viden, der forelå på tidspunktet for indgivelsen af en patentansøgning, senere blive videreudviklet. En sådan efterfølgende viden, der ikke knytter sig til selve patentansøgningen, men til den oparbejdede viden, må antages at være omfattet af et oprindeligt løfte om hemmeligholdelse, selvom dette er tidsbegrænset frem til tidspunktet for patentansøgningen.

Begrænsningen i adgangen til at “viderebringe” oplysningerne, jf. stk. 2, beror dermed på, om en sådan videregivelse er “ubeføjet”. Har parterne ikke indgået en *forudgående* hemmeligholdelseaftale, og resulterer deres aftaleforhandling ikke *efterfølgende* i en aftale, der indeholder et vilkår om hemmeligholdelse, er de oplysninger, parterne har udvekslet under deres forhandling, som udgangspunkt fri. Noget “tjeneste- eller samarbejdsforhold” foreligger da ikke, jf. MFL § 19, stk. 1. Et samarbejdsforhold forudsætter som udgangspunkt en aftale mellem de forpligtede. Da dansk aftaleret ikke opstiller formkrav som betingelse for gyldigheden af aftaler, kan også stiltiende tilkendegivelser tillægges en aftalebetydning her. *U 2016.887 SH* bekræfter, at danske domstole ikke stiller sådanne krav om udtrykkelighed. Sø- og Handelsretten antog her, at der inden for en snæver og veldefineret kreds af personer, der alle var involveret i et udviklingsprojekt, havde bestået en “underforstået aftale om fortrolighed”. Det retsforhold, der følger af at eje kapitalandele i et kapitalselskab, giver derimod ikke grundlag for at anvende bestemmelsen, jf. *U 2012.3671 SH*.

Det kan ikke altså udelukkes, at domstolene selv uden en udtrykkelig hemmeligholdelseaftale vil antage erhvervshemmelighedsbeskyttelse i medfør af § 19. Vurderingen af, hvad der må anses for “beføjet”, kan nemlig i den konkrete situation være lige så skønsmæssig som vurderingen af, hvilke konkrete retsvirkninger en aftale indebærer. En kommerciel udnyttelse af oplysninger, der er tænkt som fortrolige, men som ikke har været genstand for en udtrykkelig aftale om hemmeligholdelse, kan efter omstændighederne også rammes af generalklausulen om “god markedsføringsetik” i MFL § 1. Således indgår hensynet til andre erhvervsdri-

vende også i denne skønsvurdering. Overtrædelser af MFL § 1 er dog ikke strafbelagt, og retsstillingen herom er langt mere skønsmæssig, end hvis der foreligger en aftale om hemmeligholdelse. Den beror bl.a. på omstændighederne i den konkrete situation, herunder hemmelighedens karakter og parternes forhandlinger. Det er netop for at undgå sådanne usikre skønsvurderinger, at den part, der ønsker at sikre sig mod kompromittering, sikrer sig ved en forudgående hemmeligholdelsesaftale.

I *U 1978.305 SH* forhandlede rådgivende læge med en farmaceutisk virksomhed om produktion af en fibertablet. Samarbejdet blev ikke realiseret, og lægen indgik herefter samarbejde med en medicinalvirksomhed om markedsføring af samme type tablet, idet han her medbragte en know-how, der stammede fra den farmaceutiske virksomhed. Retten kendte lægen erstatningsansvarlig for et skønsmæssigt anslået tab på 30.000 kr. I sine præmisser udtaler Sø- og Handelsretten generelt, at en potentiel samhandelspart på et tidligt tidspunkt, før en aftale kan indgås, ofte er nødt til at orientere den anden part forholdsvis indgående om forhold, som han – netop fordi han henvender sig til en rådgivende virksomhed – må kunne regne med ikke udnyttes af denne. Vanskelighederne ved at bevise, at der i en samarbejdsrelation rent faktisk er kompromitteret fortrolige oplysninger, belyses bl.a. ved *U 2015.3294 H*, der ikke fandt det godtgjort, at en person via sin samlever eller via sit arbejde for et patentbureau havde skaffet sig oplysninger om en medicinalvirksomheds erhvervshemmeligheder og benyttet oplysningerne i forbindelse med indlevering af egne patentansøgninger.

Ud over en beskrivelse af, hvilke informationer der skal holdes hemmelige, må aftalen tage stilling til, hvad der forstås ved kompromittering. De færreste virksomheder vil lade deres mest vitale hemmeligheder være tilgængelige for alle medarbejdere, fra høj til lav. Typisk vil der være forskellige kategorier af medarbejdere, der på grundlag af særskilte hemmeligholdelsesløfter har adgang til forskellige typer af fortrolig information, se hertil s. 400, petitafsnittet, og s. 411 ff. Hemmeligholdelsesaftalen bør i så fald forsynes med et bilag, der løbende opdateres, efterhånden som denne kreds udvides eller begrænses. Dermed kan den forpligtede til enhver tid vide, hvem hemmeligheden kan deles med. En sådan liste bør også angive rådgivere og myndighedspersoner.

Et særligt spørgsmål er, om den forpligtede kan videregive

Kompromitteringsbegrebet

Rådgivere

hemmeligholdte oplysninger til *rådgivere*. En hemmeligholdelsespligt kan som udgangspunkt ikke afskære den forpligtede fra at informere en advokat til brug for sagsførelse, se herom *Praktisk aftaleret*, s. 255, men adgangen til at dele hemmeligholdt information med advokaten går ikke længere, end formålet med sagsførelsen begrunder. Advokater står her i en særstilling sammenlignet med andre rådgivere, der ikke er underlagt advokaters kvalificerede tavshedspligt, se hertil *Advokatretten* (2005), s. 352 ff. Derimod er der som udgangspunkt ikke noget til hinder for, at en kunde, der ved aftale med producenten har erhvervet teknisk udstyr, der beskyttes af erhvervshemmeligheder, kan påtage sig en hemmeligholdelsespligt over for producenten. En sådan aftale vil betyde, at kun producenten kan udføre teknisk vedligeholdelsesarbejde. Dette gør ganske vist producenten til monopolist, men producenten har en væsentlig og beskyttelsesværdig interesse i at undgå, at konkurrenter i rollen som bistandsydere til kunden erhverver kendskab til de erhvervshemmeligheder, der gemmer sig i indmaden i det leverede tekniske udstyr. Se hertil *IT-retten*, s. 395 f. og 511 og *Kolrud m.fl.* (1993), s. 37 f.

Due diligence

Et hovedformål med at gennemføre *due diligence*-undersøgelser forud for salget af en virksomhed (se hertil afsnit 2.8.d.) er at give den potentielle køber kendskab til en række forhold, der er omfattet af en hemmeligholdelsespligt. Mange af disse oplysninger er targetvirksomheden selv rådig over. Men andre kan være belagt med hemmeligholdelsesklausuler. For disse oplysninger må den part, der har krav på hemmeligholdelse, i givet fald give samtykke til, at hemmeligholdelsespligten lempes. Et sådant samtykke kan vanskeligt gives forudgående *en bloc* med henblik på enhver senere *due diligence*. Ofte vil den berettigede part nemlig befinde sig i et konkurrenceforhold til den part, der har krav på hemmeligholdelse.

7.2.d. Særlige reguleringsområder

Retsfølgen

Fordi information kan springe fra medie til medie, kan det være vanskeligt at *konstatere*, om en pligt til hemmeligholdelse er brudt, og i givet fald, på hvilke *medier* og hos hvilke *personer* den kompromitterede information nu findes. Derfor rummer *håndhævelse* af hemmeligholdelsespligter betydelige praktiske udfordringer. Trods disse udfordringer bør pligten i alle tilfælde formuleres

som en undladelsesforpligtelse i form af et *forbud mod at benytte* informationen og en handleforpligtelse i form af en *pligt til at destruere* de medier, hvorpå den måtte være manifesteret. Sådanne *forbud og påbud* kan i givet fald gennemtvinges under en fagedforretning. Foreligger der en selvstændig aftale om parternes transaktion, bør denne aftale udnævne et brud på hemmeligholdelsespligten som en *væsentlig misligholdelse*, der giver grundlag for ophævelse eller i det mindste (aftalt) opsigelse med forkortet varsel. På grund af vanskelighederne ved at prissætte information vil krav om *erstatning* baseret på dansk rets almindelige erstatningsregler være forbundet med stor usikkerhed. Domstolene er her nødsaget til at udmåle skønsmæssige beløb, og disses størrelse er ikke altid imponerende, sml. den førnævnte *U 1978.305 SH*. Derfor bør den berettigedes økonomiske interesse i hemmeligholdelsen løses gennem regler om *konventionalbod*.

En hemmeligholdelse kan med fordel indbygge regler om konfliktløsning, der sikrer fortrolighed. Det kan ske gennem alternativ konfliktløsning eller voldgiftsbehandling, se hertil *Praktisk aftaleret*, afsnit 9.4., se navnlig bemærkningerne herom s. 453 og 460. I samarbejdsaftaler om projektforhold, der henlægger visse kompetenceområder til særlige styre- og projektgrupper, kan parterne søge at afskære forudgående tvivl om, hvorvidt en hemmeligholdelsespligt består, ved at lade en sådan gruppe træffe afgørelse herom, idet uenighed i styregruppen i givet fald kan henskydes til en hurtig voldgiftsbehandling ("*fast track arbitration*").

At fastholde en hemmelighed er undergivet loven om de forbundne kar: Findes der en utæthed i systemet, igennem hvilken hemmeligheden retmæssigt kan passere, er den reelt tabt. Derfor må den virksomhed, der opretholder hårdhændede sikkerhedskrav for at værne om fortroligheden af sine erhvervshemmeligheder, sikre sig, at tilsvarende krav opretholdes af de medarbejdere og samarbejdspartnere, der ved aftale får adgang til erhvervshemmeligheden. I den forbindelse kan det være relevant at give hemmelighedens indehaver adgang til *godkendte* ansættelse af det personale hos samarbejdsparten, der får kendskab til den hemmeligholdte information. At samarbejdsparten ikke uden videre kan lade sine kunder og leverandører få adgang til erhvervshemmeligheden (medmindre dette er særskilt aftalt) vil normalt følge af aftalen.

Konfliktløsning

*Samarbejds-
partner*

Juridiske personer

Når en juridisk person påtager sig en hemmeligholdelsespligt ved aftale, bør aftalen af samme grund *for det første* præcisere, hvilke medarbejdere der må få kendskab til hemmeligheden. Den juridiske person bør her pålægges at sikre, at alle *fysiske personer* i virksomheden, der forventes at få kendskab til hemmeligheden (hvilket som før nævnt typisk ikke er alle), underlægges tilsvarende pligter i aftaleforholdet med den juridiske person. En sådan særskilt aftale kan bl.a. afskære tvivl om omfanget af fortrolighedspligten samt indføre sanktioner (konventionalbod mv.) og konfliktløsningsmetoder (voldgift mv.), der understøtter pligten til hemmeligholdelse. *For det andet* bør indehaveren af erhvervshemmeligheden selv indgå aftale med de berørte medarbejdere for dermed at sikre sig muligheden for direkte gennemtvungelse af fortrolighedspligten med tilhørende aftalte sanktioner.

7.3. Immaterialrettigheder

7.3.a. Kendetegn

Aftale og lovgivning

Aftaler om immaterialrettigheder kan kun forstås og konciperes med kendskab til immaterialrettens opbygning og funktion. Dette skyldes dels, at aftalernes præstationshandlinger består af *information, kommunikation, medier* etc. (jf. forklaringen s. 390 ff. af den matematiske kommunikationsteori), dels at selve præstationshandlingen har hjemmel i en lov, nemlig den, der definerer den enkelte immaterialrettighed. Hvor den materielle ejendomsret er givet på forhånd, for så vidt som dens eksistens ikke kræver særskilt lovhjemmel, gælder der i immaterialretten (bl.a. på grund af dens strafsanktionering) et hårdhændet hjemmelskrav. Dette hjemmelskrav indebærer, at den immaterialretlige hjemmelsbestemmelse er grundlæggende for enhver aftalehåndtering af retsbeskyttet information.

Denne væsentlige iagttagelse har to praktiske udslag.

Fordi de immaterialretlige retspositioner bygger på lovbestemmelser, der fastslår enerettens indhold (retsfølge) og betingelserne for at opnå den og gøre den gældende (retsfaktum), etablerer den immaterialretlige hjemmel selve det *retlige grundlag* for overdragelse af immaterialrettigheder. De retspositioner, erhververen indtræder i ifølge den aftale, der *overdrager* immaterialretten eller

tilstår en mere begrænset *ret til at udnytte* den (licens), kan altid aflæses i den immaterialretlige hjemmelsbestemmelse. Derfor kan der trækkes en linje fra det immaterialretlige aftaleforhold til denne lovhjemmel. F.eks. bør en forlagsaftale om udgivelse af et skønlitterært værk præcisere, om forlaget har ret til at trykke et oplag (såkaldt eksemplar fremstilling, jf. OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 2), eller om forlaget også overtager retten til at sælge værket (dvs. gøre det tilgængeligt for almenheden, f.eks. gennem fremførelse i radio og tv, jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 3). At forlaget har ret til begge dele, giver sig selv. Men hvor mange eksemplarer kan der trykkes, og på hvilke medier og i hvilke områder kan det trykte oplag sælges?

For det andet indeholder de immaterialretlige love enkelte regler, der har betydning for aftalens forhandling og koncipering. Der gælder visse principper om *fortolkningen* af overdragelseshandlinger, samt – for de registrerede rettigheders vedkommende – *formforskrifter*, der skal følges for at fuldføre overdragelseshandlingen. Sådanne regler kan have umiddelbar indflydelse på, hvordan det immaterialretlige aftaleforhold kan gennemtvinges.

I det følgende skitseres kort indholdet af de vigtigste typer af immaterialrettigheder. Der er kun plads til en oversigtsmæssig gennemgang af de enkelte immaterialrettigheder og deres retsgrundlag. For nærmere studier heraf henvises derfor til *Koktvedgaard* (2005), *Palle Bo Madsen* (2008) og *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen* (2015). Formålet med at skitsere hovedindholdet af de enkelte regler er at vise de retlige rammer, der kan være afgørende for en immaterialretlig transaktion.

7.3.b. Ophavsret

Ifølge OPHL § 1 har den, der frembringer et litterært eller kunstnerisk værk, ophavsret til værket, hvad enten dette fremtræder som en i skrift eller tale udtrykt skønlitterær eller faglitterær fremstilling, som musikværk eller sceneværk, som filmværk eller fotografisk værk, som værk af billedkunst, bygningskunst eller brugskunst, eller det er kommet til udtryk på anden måde. I det moderne samfund omfatter ophavsretten en bred mængde af rettigheder, der rækker langt videre end til den klassiske kunst og litteratur, herunder edb-programmer, bygningsarkitektur og brugskunst. I betragtning af, at det sidstnævnte begreb omfatter

Retsfaktum

betydelige dele af det industrielle design, er det ikke for meget sagt, at ophavsretten er den mest omfattende immaterialret.

I tilsvarende omfang er OPHL blevet den retlige ramme for vidt forskelligartede ophavsretlige udnyttelsesaftaler og licensaftaler. Talrige intellektuelle manifestationer rummer en flerhed af ophavsretlige værker, som hver for sig kan licenseres til forskellige licenstagere. For det første kan mange værker splittes op i *delværker* (enkelte kapitler af en lærebog kan f.eks. tænkes udgivet som særskilte artikler); for det andet kan der knytte sig *forskellige typer* af ophavsrettigheder til én og samme frembringelse (f.eks. selve den litterære tekst og den redaktion af teksten, der kommer til udtryk i indholdsfortegnelse og opbygning). Endelig kan visse værker rumme andre værker i sig, f.eks. billeder og tekst, kataloger og edb-programmer.

Retsfølger

Ophavsrettens økonomiske side fremgår af OPHL § 2. Herefter har ophavsmanden eneret til at råde over sit værk ved at fremstille eksemplarer af det (*eksemplarfremstilling*) og ved at gøre værket tilgængeligt for almenheden. Tilgængeliggørelse for almenheden kan ifølge OPHL § 2, stk. 3, ske på en af tre måder: Ved at eksemplarer af værket sælges, distribueres, udlånes, udlejes eller overdrages på anden måde (kaldet *spredning*), ved at værket vises offentligt (*visning*) eller ved at det fremføres offentligt som nærmere beskrevet i OPHL § 2, stk. 4, nr. 1-2 (*fremførelse*). Enhver, der ønsker at foretage en sådan udnyttelse, må derfor have rettighedshaverens samtykke hertil, hvilket denne ofte vil give mod vederlag. Ophavsretten har også en *personlig* side. De såkaldt ideelle rettigheder, jf. OPHL § 3, giver ophavsmanden ret til navngivning og til at modsætte sig krænkende behandling. Også disse rettigheder har en vis aftaleretlig dimension, bl.a. i forbindelse med filmproduktion, se hertil *Jan Rosén: Uppsatser i medierätt* (Stockholm, 1993), s. 66 ff. Ifølge den præceptive bestemmelse i OPHL § 3, stk. 3, kan ophavsmanden ikke frafalde sine *ideelle rettigheder*, medmindre det gælder en efter art og omfang afgrænset brug af værket.

Overdragelse

Overdragelse af ophavsrettigheder kan ske formløst, ligesom ophavsretten opstår formløst. Dette er på den ene side en fordel, for så vidt som det sparer besvær. Men på den anden side rummer formløsheden en udfordring til koncipisten: Selve det løfte, hvormed rettighedshaveren overdrager en ophavsret helt eller

delvis, afgør, *hvad* der overdrages. Om der overdrages “den fulde ophavsret til værket XYZ” eller “en ret til at udgive bogen XYZ” er udtryk for vidt forskellige retlige dispositioner og indebærer vidt forskellige økonomiske konsekvenser. En aftale, hvorved en forfatter overdrager “filmatiseringsrettighederne for Skandinavien” til et skuespil (jf. situationen i *U 1974.167 H* om Soyas “Brudstykker af et mønster”) kan give anledning til tvivl om, hvorvidt dette også omfatter retten til at vise den indspillede film i tv – et spørgsmål, der i den nævnte sag blev afgjort med udgangspunkt i parternes specifikke forudsætninger og efterfølgende adfærd. Fortolkningsproblemer som dem, der opstod i Soyasagen, genopstår, hver gang en ny udnyttelsesform gør sit indtog. Omfatter retten til at udgive et filmværk på dvd også retten til at udgive filmen på *Blue Ray*? Indebærer en ret til at afspille et musikværk “i radioen” også en ret til at gøre værket tilgængeligt via internetradio?

Problemet kompliceres af, at der ingen klar terminologi er for, hvordan man formulerer overdragelsen af “ophavsretten”, et antal “ophavsrettigheder” eller “ophavsretlige beføjelser”. Hvis ikke løftgeveren vil overgive hele ophavsretten (og dermed samtlige ophavsretlige beføjelser), bør sidstnævnte formulering foretrakkes, fordi den fokuserer på de enkelte retsfølger i det komplekse ophavsretlige system.

Der skal i almindelighed stærke holdepunkter til for at antage, at en ophavsmand har afstået sin *ophavsret* til et værk *i sin helhed*. Alle aftaleretlige hensyn (ligevægtshensynet, forudsætningshensyn, beskyttelsehensyn mv.) peger i retning af at udvise betydelig tilbageholdenhed i fortolkningen af sådanne aftaler, hvis omfang og konsekvenser det kan være endog særdeles vanskeligt for ophavsmanden at overskue. Derfor har man i tysk ophavsret helt forbudt ophavsmanden at overdrage sin fulde ophavsret til et værk i levende live. Se herved § 29, stk. 1, i den tyske ophavsretslov, Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

Aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder er reguleret ved OPHL § 53, som giver ophavsmanden ret til at overdrage sine rettigheder efter loven helt eller delvis. Efter ordlyden forstås herved såvel den totale overdragelse af *ophavsretten* (jf. bemærkningerne ovenfor) som overdragelsen af enkelte *ophavsretlige beføjelser*. Bestemmelsens tredje stykke opstiller den fortolknings-

Fortolkning

regel, at en overdragelse af retten til at udnytte værket på en bestemt måde eller ved bestemte midler (dvs. en overdragelse af enkelte ophavsretlige beføjelser), ikke giver erhververen ret til at udnytte værket på andre måder eller ved andre midler. Af denne bestemmelse har man udledt et særligt fortolkningsprincip (kaldet *specialitetsprincippet*), der opfattes som et krav om en vis form for udtrykkelighed, for at en rettighed overgår fra ophavsmand til udnytter, jf. i det hele *Blomqvist* (1987). Hertil følger sig den ophavsretlige formodningsregel, der følger af OPHL § 56, stk. 1, og som indebærer, at overdragelse af ophavsret ikke giver erhververen ret til at ændre værket, medmindre ændringen er sædvanlig eller åbenbart forudsat. Ifølge § 3, stk. 2, må værket dog under ingen omstændigheder ændres på en måde eller i en sammenhæng, der er krænkende for ophavsmandens litterære eller kunstneriske anseelse eller egenart. § 56, stk. 2, indeholder et forbud mod *videreoverdragelse* af ophavsretten, medmindre videreoverdragelsen er sædvanlig eller åbenbart forudsat. I det omfang der sker en sådan videreoverdragelse, vedbliver ophavsmanden at være ansvarlig for, at aftalen med ophavsmanden bliver opfyldt, jf. udtrykkeligt OPHL § 56, stk 2, 2. pkt.

Udnyttelsespligt

Ifølge OPHL § 54 har erhververen af en ophavsret pligt til at udnytte de rettigheder, han har erhvervet. Pligten reflekteres i en adgang for ophavsmanden til at bringe aftalen til ophør med 6 måneders varsel i det omfang, udnyttelsen ikke er iværksat inden 3 år efter det tidspunkt, hvor aftalen er opfyldt fra ophavsmandens side. Dette gælder dog ikke, hvis udnyttelsen iværksættes inden varslets udløb. Denne regel er præceptiv, medmindre der alene er tale om en ændring af de angivne tidsfrister.

7.3.c. Halvlederret

En særlig beskyttelse af it-komponenternes byggesten, de såkaldte halvlederchips, blev indført i dansk ret ved lov nr. 778 af 9. december 1987 om beskyttelse af halvlederens udformning (topografi), også kaldet halvlederloven. Efter lovens § 2, stk. 1, kan den, der frembringer en topografi til et halvlederprodukt – eller den, til hvem frembringerens ret er overgået – erhverve eneret til at råde over topografien. Loven indsnævrer dermed sit beskyttelsesområde til at gælde *topografier* i *halvlederprodukter*. Kort fortalt er topografien selve den tredimensionelle konstruktion af den

tekniske indmad i et halvlederprodukt (populært sagt, det system, hvorefter transistorerne ligger pakket). Halvlederproduktet er det produkt, der ved hjælp af de enkelte komponenter udfører en elektronisk funktion. De to begreber er nærmere defineret i lovens § 1, stk. 1 og 2.

Halvlederrettighederne spiller ingen nævneværdig rolle i den praktiske aftaleret. Derfor er der kun anledning til at påpege lovens regulering af spørgsmålet om overdragelse af halvlederrettigheder, jf. § 8. Bestemmelsen fastslår, at der efter anmodning skal ske indførelse i halvlederregisteret (hvilket er forbundet med pligt til gebyrbetaling), hvis retten til en registreret topografi overgår til en anden, eller hvis nogen opnår licens, herunder tvangslicens. Loven indeholder derimod ingen regler, der forbyder videreoverdragelse af retten til topografier. Indførelsesreglen er en formforskrift, hvis overtrædelse ikke afføder ugyldighedsvirkninger mellem parterne. Se nærmere om halvlederbeskyttelsen *IT-retten*, afsnit 10.4.

7.3.d. Patentrete

Patentet er retssystemets stærkeste industrielle eneret. Har en opfinder gjort en *opfindelse*, som kan *reproduceres* under nærmere angivne betingelser, og som kan *udnyttes industrielt*, og er kendskabet til opfindelsen ikke allerede udbredt, kan han efter reglerne i patentloven få en tidsbegrænset eneret til den – et patent. Patentretten vedvarer i 20 år fra datoen for indgivelsen af patentansøgningen, jf. lovens § 40, forudsat at patentansøgeren betaler en årsafgift. Patentet opnås gennem en procedure, under hvilken det undersøges, om opfindelsen opfylder patentlovens materielle krav om opfindeshøjde og nyhed samt visse krav af formel karakter. Anses disse krav for opfyldte, udstedes patentet, og opfindelsen offentliggøres. Offentliggørelsen kommer almenheden til gavn og kan dermed anskues som patenthaverens modydelse til samfundet for den eneret, patentet giver ham. Når patentet udstedes – hvilket typisk tager nogle år – giver det en eneret med tilbagevirkende kraft fra ansøgningstidspunktet. Derfor har perioden forud for patentudstedelsen en væsentlig betydning for ham – et forhold, der i den praktiske aftalehåndtering indebærer, at der ofte indgås licensaftaler vedrørende en opfindelse, som der på aftaletidspunktet kun er søgt, men ikke opnået,

Karakteristik

patent på. Før patentet udstedes, kan den patentansøgte opfindelse ikke gennemtvinges ved midlertidige forbud over for tredjeparter.

Retsvirkning

Et patent forbyder andre end dets indehaver at udnytte den pågældende opfindelse. Ifølge patentlovens § 3 beror patentets rækkevidde på, hvad patentet dækker. *Produktpatenter* (også kaldet stofpatenter) dækker et bestemt fænomen, f.eks. et kemisk stof, en styreanordning eller en mikroorganisme. Eneretten omfatter retten til at “fremstille, udbyde, bringe i omsætning eller anvende et produkt, der er genstand for patent, eller importere eller besidde produkter med sådant formål”. Et produktpatent krænktes typisk ved, at en konkurrent skaber et helt tilsvarende produkt. Et *fremgangsmådepatent* forbyder tredjemand “at anvende en fremgangsmåde, der er genstand for patent, eller udbyde den til anvendelse her i landet, såfremt den, der udbyder fremgangsmåden, ved, eller omstændighederne gør det åbenbart, at fremgangsmåden ikke må anvendes uden patenthaverens samtykke”. Hvor retshåndhævelsen af produktpatenter normalt forudsætter, at rettighedshaveren har fundet produktet på markedet, er det vanskeligere at konstatere krænkelse af et fremgangsmådepatent: Lægemidlet fortæller f.eks. ikke, hvordan det er blevet til. Man kan også opnå patent på en *anvendelse*, dvs. en opfindelse, der udmønter sig i kendskabet til særlige og hidtil ukendte virkninger af et produkt (f.eks. et lægemiddel), selvom selve produktet er kendt.

Koncipering

Ved koncipering af licensaftaler, hvorved patenthaveren giver licenstagere ret til at udnytte patentet, er denne tredeling væsentlig. Det er disse enerettigheder (eller – typisk – delmængder eller kombinationer heraf), som licensaftalen omfatter, og som licensafgiften betales for. På grund af den patentbeskrivelse, der indgår i patentskriftet, er det en enkel opgave at beskrive genstanden for en patentoverdragelse. Tilsvarende gælder om en patentansøgning, hvis overdragelsen effektueres inden patentansøgningens afslutning.

Som det gælder for anden information, kan man ikke på forhånd bestemme værdien af et patent. I mange tilfælde opnår patentet først sin værdi, når det gøres til genstand for en flerhed af detaljerede, præcise og målrettede licensoverdragelser. På den måde kan et tilsyneladende snævert patent rumme righoldige

muligheder for licensindtægter. Omvendt kan et tilsyneladende bredt favnende patent vise sig at være helt uden værdi, f.eks. fordi det overhales af en mere effektiv teknologi.

Patentloven og de hertil hørende bekendtgørelser giver bl.a. regler om registrering af fuldstændig eller delvis overførelse af patentet, herunder ved licens. Reglerne må betragtes som formforskrifter. Der gælder ingen formkrav som betingelse for gyldigheden af en patentoverdragelse. Indførelsen i patentregisteret sker for at undgå tvivl om, hvorvidt licenstagere har ret til at videreføre patentet, jf. patentlovens § 43.

7.3.e. Brugsmodelbeskyttelse

Ifølge § 1 i brugsmodelloven beskyttes “enhver frembringelse, som kan udnyttes industrielt, og som indebærer en løsning på et teknisk problem”. For at kunne registreres som brugsmodel skal frembringelsen være ny i forhold til, hvad der var kendt før ansøgningens indleveringsdag, og den skal tydeligt adskille sig derfra, jf. § 5. Beskyttelsen gælder i en periode på indtil 10 år, jf. § 38, stk. 1. Den opnås ved en ansøgning om registrering, der indsendes til Patent- og Varemærkestyrelsen, jf. lovens § 14, stk. 1, der ifølge lovens § 13 er registreringsmyndighed. Registreringen er dog ikke forbundet med samme prøvelse som den, der gælder ifølge patentloven. Dernæst har loven nedtonet patentlovens krav til opfindeshøjde, idet det som nævnt alene kræves, at den beskyttede frembringelse adskiller sig “tydeligt” fra det kendte (modsat patentlovens krav om “væsentlig” adskillelse), jf. § 5 og som eksempel på en konkret vurdering af dette krav, *U 2016.887 SH* om en brugsmodelregistreret byggeblok. Efter lovens § 19 skal patentmyndigheden alene påse, at ansøgningen opfylder betingelserne i lovens § 1 (“frembringelse, som kan udnyttes industrielt, og som indebærer en løsning på et teknisk problem”), §§ 2-4 (særlige udelukkede områder), § 16 (flere af hinanden uafhængige frembringelser) og § 18 (ændringer ud over den oprindelige ansøgning). Derimod skal registreringsmyndigheden ikke – som i patentretten – foretage nogen prøvelse af, om frembringelsen er *ny* i forhold til, hvad der var kendt før ansøgningens indleveringsdag. Også denne vurdering anlægges i givet fald efterfølgende ved domstolene. *U 2016.887 SH* fandt f.eks. ikke, at kendskabet til et projekt, der alene havde bestået inden for en snæver og

veldefineret kreds af personer, der alle var involveret i projektet, dermed var offentligt kendt, eftersom der antoges at bestå en “underforstået aftale om fortolighed” mellem de pågældende.

De formelle regler vedrørende overdragelse af brugsmodelretigheder svarer til de patentretlige.

7.3.f. Sortsbeskyttelse

Lov om plantenyheder, jf. lovbekendtgørelse nr. 190 af 12. marts 2009, rummer en bred, men i forhold til patentsystemet ikke særligt stærk, beskyttelse af visse plantesorter. Efter lovens § 16 må materiale af en plantenyhed kun med sortsejerens tilladelse og kun på de vilkår, herunder om betaling af en passende licensafgift, som denne har fastsat, (1) anvendes til erhvervsmæssig produktion, formering eller behandling og opbevaring med henblik på formering, og (2) udbydes til salg, sælges, overdrages eller opbevares med henblik på salg eller overdragelse. Beskyttelsen gælder i 25 år fra datoen for udstedelse af beskyttelsesbrevet, jf. § 12 (dog i indtil 30 år for kartoffelsorter).

Beskyttelseskrav

For at opnå plantenyhedsret til en ny plantesort skal sorten være selvstændig (*distinkt*), jf. § 1, stk. 1, nr. 1. Den skal således adskille sig fra andre kendte sorter i henseende til mindst én vigtig egenskab. Den skal for det andet være tilstrækkeligt *ensartet*, så de enkelte eksemplarer inden for sorten ikke frembyder uligheder, jf. nr. 2. For det tredje skal den nye sort være *stabil* i dens særlige egenskaber (hovedkarakterer), således at de karakteristiske egenskaber ikke ændres ved forplantning, nr. 3. Endelig opstiller nr. 4 et krav om, at sorten er *ny*, hvorved forstås, at formeringsmateriale eller høstet materiale af sorten ikke forud for anmeldelsen med sortsejerens tilladelse og med henblik på erhvervsmæssig udnyttelse af sorten har været udbudt til salg, solgt eller på anden måde overdraget, *her i landet* i mere end ét år, eller *i udlandet* i mere end fire år (eller for vinstokke, træer og disses grundstammer, i mere end seks år).

Plantenyhedsloven stiller derimod *ikke* – som patentloven – krav om *opfindeshøjde* (“sortshøjde”). Planteforædleren behøver heller ikke at afsløre den *metode*, der har frembragt sorten. Ene retten dækker derfor heller ikke en sådan mulig metode. Inden en anmeldt sort kan opnå beskyttelse, skal Plantenyhedsnævnet konstatere, om sorten kan anses at opfylde de nævnte betingel-

ser, herunder om den har de særlige egenskaber, der er nævnt i anmeldelsen. Nævnet foranstalter i fornødent omfang afprøvning af sorten til konstatering heraf, se nærmere § 9.

Ved forordning nr. 2100/94 (EFT 1994 L 227/1) er der udstedt regler om en *EF-sortsbeskyttelse*. Forordningen begrænser ikke medlemsstaternes ret til at meddele national sortsbeskyttelse, art. 3. Dog må der ikke meddeles nogen form for national sortsbeskyttelse eller noget patent for en sort, for hvilket der allerede er meddelt EF-sortsbeskyttelse. En ret, der er meddelt i strid med dette forbud, er uden virkning, jf. forordningens art. 92.

7.3.g. Designbeskyttelse

Ifølge § 1 i designloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 189 af 1. marts 2016, kan den, som har frembragt et design (*designeren*), eller den, til hvem designerens ret er overgået, ved registrering erhverve eneret til designet (*designret*). Et design er ifølge lovens § 2, nr. 1, et produkts eller en del af et produkts *udseende*, som er bestemt af de *særlige træk* ved selve produktet eller dets udsmykning, navnlig for så vidt angår linjer, konturer, farver, form, struktur eller materiale. Designret kan kun opnås, hvis designet er *nyt* og har *individuel* karakter, jf. § 3, stk. 1. Retten opnås ved registrering og efter en prøvelsesprocedure. Den vedvarer i 5 år fra ansøgningstidspunktet, men dette tidsrum kan fornyes for yderligere perioder, indtil den samlede beskyttelsestid vil andrage 25 år fra registreringen, jf. lovens § 23. Hvis et design *overgår* til en anden, hvis der gives *licens* i et design, hvis det *pantsættes* eller gøres til genstand for *udlæg*, eller hvis designindehaveren tages under *konkursbehandling*, skal dette på anmodning indføres i designregistret, jf. § 51.

Foruden reglerne i designloven gælder i medfør af forordning 6/2002 særlige regler om EU-design, se hertil *Koktvedgaard* i U 2002B.101 ff., *Jens Schovsbo & Niels Holm Svendsen: Designret*, 2. udg. (2013), s. 63 ff., og *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, 4. udg. (2015), s. 502 f. Beskyttelsen opnås formløst – som en særegen kombination af principperne i ophavsretsloven og markedsføringsloven – men gælder til gengæld kun for en treårig periode uden forlængelsesmulighed.

7.3.h. Forretningskendetegn og domænenavne

Kendetegns-
retten

Regler om beskyttelse af navne og varemærker følger af varemærkeloven (og fællesmærkeloven) og af de særlige navneregler, der findes i f.eks. LEV, navneloven og selskabslovgivningen. Hertil kommer den bredere beskyttelse af forretningskendetegn, der følger af MFL §§ 1 og 3. Gældende dansk varemærkeret kompliceres af de parallelle regelsæt, der gælder efter vedtagelsen af EU-varemærkeforordningen fra 1993 (med senere ændringer kodificeret som forordning nr. 207/2009) om det såkaldte EU-varemærke, se hertil *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen* (2015), s. 535 ff. Efter reglerne heri kan man ved ansøgning opnå varemærkeret for hele EU-området. På en række områder af aftaleretlig interesse fører disse regelsæt til forskellige resultater. Således opstiller varemærkeforordningen et krav om registrering som betingelse for overdragelse (herunder pantsætning og licensgivelse) af en varemærkeret, se forordningens art. 17 og 23.

Varemærker

En varemærkeret er et forretningskendetegn, som en virksomhed anvender til at karakterisere sine varer og tjenester i markedsføringsarbejdet. Reglerne om varemærker er en væsentlig del af reglerne om forretningskendetegn. Grundpillen i dette system er *varemærkeloven* (der suppleres af en række bekendtgørelser) samt EU's *varemærkeforordning*. Efter reglerne i varemærkeloven kan der opnås varemærkeret til "særlige kendetegn for varer og tjenester, som benyttes, eller agtes benyttet i en erhvervsvirksomhed", se lovens § 1. Det er en grundlæggende betingelse til et varemærke, at dette har *særpræg*, jf. lovens § 3, stk. 3, og § 13, stk. 1. Denne beskyttelse kan anvendes på to måder.

Den ene består i, at varemærket registreres inden for en eller flere vareklasser, jf. § 3, stk. 1, nr. 1. Den anden i, at det blot tages i brug i relation til "bestemte varer og tjenesteydelser", og at denne brug er "vedvarende", jf. § 3, stk. 1, nr. 2. Som her anført kan en varemærkeret mistes igen, ved at registreringen ophører (f.eks. på grund af manglende betaling af årsafgifter), eller ved at ibrugtagningen indstilles. Omvendt kan en varemærkeret leve evigt, hvis disse betingelser fastholdes, og varemærket ikke i øvrigt "degenererer" ved at blive en del af talesproget. Fordelen ved en registrering ligger i, at den giver en klar *prioritetsstilling*, og at den i kraft af den forudgående prøvelse rummer en håndfast *formodning* for, at varemærkeretten består. Fordelen ved en

ibrugtagning ligger i dens formløshed og i, at den ikke “koster” andet – i penge eller besvær – end det faktiske, at man gør brug af varemærket. En ibrugtagning har dog omvendt kun virkning inden for det område, ibrugtagningen gælder, hvilket eventuelt kun er et lokalområde, jf. nærmere *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen* (2015), s. 657 ff.

Et internetdomænenavn er et kommunikationsteknisk kaldenavn, der gør det muligt at etablere internetforbindelser uden at bruge de komplekse “telefonnumre” (kaldet *IP-numre*), der identificerer de enheder, der kommunikerer via internettet. Den slags domænenavne benyttes primært ved brug af e-mail og hjemmesider. Domænenavnet erhverves (“tages i brug”) i kraft af et aftaleforhold mellem brugeren og en registratorvirksomhed (herhjemme DK-Hostmaster A/S, se nærmere herom <www.dk-hostmaster.dk>), der driver den database, der kombinerer domænenavnet med det valgte IP-nummer. Alt efter de vilkår, der gælder for denne registrator, kan indehaveren overdrage domænenavnet. Herved kan domænenavnet repræsentere en værdi. Da reglerne om registrering af domænenavne ikke altid giver sikkerhed for, at domænenavnet respekterer eksisterende navne- og varemærkerettigheder, opstår der hyppige problemer herom. Se nærmere hertil *IT-retten*, afsnit 11.5. og *Christian Kragelund m.fl.: Domænenavne – en juridisk håndbog*, 2. udg. (2009).

Domænenavne

7.3.i. Know-how

Ofte anvendes begrebet *know-how* som samlebetegnelse for den information, en virksomhed råder over inden for sit forretningsområde, hvad enten den beskyttes af en immaterialret, eller blot kommer til udtryk ved medarbejderes eller indehaveres særlige faglige færdigheder. Begrebet er ikke velegnet som grundlag for beskrivelsen af en juridisk præstation. Det bruges stort set kun i den skatteretlige lovgivning.

Grænsen mellem know-how og *rådgivning* kan være flydende, fordi know-how typisk ikke repræsenterer dokumenterbar viden. Ofte optræder know-how i flere lag, varierende fra det generelle til det specifikke. En dokumenterbar viden, der målrettet holdes hemmelig, karakteriseres mere nærliggende som en *erhvervshemmelighed*, se hertil afsnit 7.2. Visse aspekter af en færdighed kan dog i sagens natur dokumenteres og hemmeligholdes og kan

derfor tænkes beskyttet efter reglerne om patent eller erhvervshemmeligheder. Færdigheder, som enhver fagmand kan udfolde, er ikke know-how i ordets almindeligt anvendte betydning, jf. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen* (2015), s. 356 f. Se ligeledes *Torben Steffensen* i U 2000B, s. 196 ff., og *Jakob Grønbæk* i Justitia 2001/3 49 ff.

7.3.j. Erhvervshemmeligheder

Hvor *know-how*-begrebet har uklare konturer, er *erhvervshemmeligheden* et juridisk systembegreb, hvis nærmere indhold er fastlagt i MFL § 19. Det retlige grundlag for erhvervshemmelighedsbeskyttelsen omtales i afsnit 7.2. Som her anført omfatter begrebet enhver oplysning om en virksomhed, som ikke er alment tilgængelig, og som virksomheden tager faktiske eller retlige skridt til at skjule for omverdenen.

7.4. Licensaftaler

7.4.a. Kendetegn

Begreb

Ved en licensaftale giver indehaveren af en immaterialretsposition (licensgiveren) sin aftalepart (licenstageren) ret til – typisk mod betaling – at udnytte denne retsposition. Patentloven definerer licensen som dette at give “en anden ret til erhvervmæssigt at udnytte opfindelsen”, se § 43. Andre eneretslove taler mere indforstået om “licens”, se f.eks. OPHL § 37, stk. 1, nr. 1, (“licenshaveren”) og halvlederlovens § 9 (hvis nogen opnår “licens”). “Licensen” er denne tilladelse. Den licenserede immaterialretlige retsposition kommer til udtryk gennem de *retlige* forbudsbeføjelser, eneretten hjemler. Tilsvarende giver licensen licenstageren ret til at gøre noget, som licensgiveren ellers med eneretten i hånden kunne forbyde, f.eks. at kopiere et edb-program (softwarelicens) eller at placere et varemærke på en vare (varemærkelicens). En licensaftale kan fremstå som en selvstændig transaktion, eller den kan indgå som bestanddel af en transaktion med andre formål (f.eks. en enerforhandlingsaftale, en strategisk alliance eller en franchiseaftale).

Funktion

Licensaftalen er et velegnet middel til at frugtbar gøre teknologisk information. Jo mere information der skabes i samfundet, jo mere denne information beskyttes af enerettigheder, og jo flere systemer der er afhængige heraf, desto flere licenser må der til.

Genstanden for, hvad der licenseres, er dernæst udvidet betydeligt. Denne udvikling er sket i takt med, at der er kommet stadigt flere immaterialrettigheder til. Med den legale slutbrugerlicens, der følger med købet af et standardprogram, jf. OPHL § 36, stk. 1, er licensaftalen rykket ud af sit oprindelige erhvervsmæssige miljø og tæt på den private forbruger. Se nærmere hertil *IT-retten*, afsnit 7.4.b.

Licenstransaktionen har iøjnefaldende samfundsøkonomiske fordele. Den muliggør ikke alene en effektiv, global spredning af retsbeskyttet *information*, men også potentialet til at kunne sprede den *økonomiske aktivitet*, eneretten udmønter sig i. Det sidste ses f.eks., når produktion, der knytter sig til stærke patenter og varemærkerettigheder, placeres i lande, hvor det færdige produkt kan produceres og distribueres optimalt, f.eks. på grund af lavere lønomkostninger, adgang til råvarer og infrastrukturfaciliteter samt nærheden til et marked. Hvorfor flytte *varen* den lange vej fra producent til kunde, hvis man kan nøjes med at flytte *information* om, hvordan den produceres, derhen, og dermed lægge produktionen tæt på kunden? En lokal licenstagere kan være bedre rustet til at håndtere vanskeligheder med lokal myndighedsudøvelse, end den for stedet "fremmede" licensgiver er. Dermed understøtter licensaftalen grundlæggende hensyn til *økonomisk effektivitet*.

Fordele

Omvendt giver licensaftalen licenstagere mulighed for at "købe" viden og know-how mv., som han ikke selv har eller kunne udvikle. Dermed kan den virksomhed, der har udviklet en ny teknologi mv., høste frugterne heraf (licensbetaling) uden selv at skulle forestå – og tage risikoen for – produktion, markedsføring og salg. Ved at udlicensere sine rettigheder kan den industrielle designer koncentrere sig om at designe møbler og opfinder om at gøre nye opfindelser. Med licensen kan produktet produceres af enhver, der udpeges hertil, idet de udviklingsomkostninger, producenten ellers skulle have afholdt, erstattes med en licensafgift. En produktionsvirksomhed kan på den måde bygge sin produktion på licenser "købt ude i byen" på kryds og tværs af traditionelle konkurrencemønstre. Sådanne forretningsmodeller kendes f.eks. på it-området.

Som anført i afsnit 6.3.c. har licensaftalen grundlæggende egenskaber til fælles med aftaler, der tildeler en distributionsret.

Kendetegn

Distributionsaftalen spreder *produkter* fra en producent til et antal distributører. Licensaftalen spreder *information*. Ligheden træder mærkbart frem, når det kommer på tale at tildele *eksklusivitet*. De problemer, der må løses ved tildeling af en eksklusiv distributionsret (fastlæggelse af område, aftagepligt, periodisering etc.), træder frem i næsten identisk skikkelse i den eksklusive licensaftale.

7.4.b. Retsgrundlaget

Enhver licensaftale hviler på den immaterialretlige lovhjemmel, der skaber eneret til den information, der licenseres. Det er selve denne ret til at forbyde handlinger i strid med eneretten, som kan være værdifuld at lade andre indtræde i. Selv om den immaterialretlige lovgivning primært afgrænser *eneretten*, herunder ved at fastslå betingelserne for at opnå den, finder man enkelte lovregler, der regulerer forholdet mellem licensgiver og licenstagere. OPHL § 36 regulerer f.eks. omfanget af den *eksemplarlicens*, som den lovlige bruger af et edb-program opnår, hvis ikke andet er aftalt (se herom s. 438). Og OPHL kapitel 3 giver en række generelle og specielle regler om *ophavsrettens overgang til andre*, herunder fortolkningsreglen i OPHL § 53 og udnyttelsespligten i § 54, se hertil s. 416. PL § 43 definerer *licensbegrebet* som selve det at give en anden ret til erhvervsmæssigt at udnytte opfindelsen og fastslår i tilknytning hertil, at licenshaveren ikke kan *overdrage* denne ret til andre, medmindre andet måtte være aftalt.

Dansk ret opstiller ingen formkrav til aftaler om overdragelse af immaterialrettigheder (hvad enten aftalen angår rettens overdragelse eller udnyttelse). Ifølge art. 72 i den Europæiske Patentkonvention skal "An assignment of a European patent application ... be made in writing and shall require the signature of the parties to the contract." Denne bestemmelse må dog opfattes som et formkrav, som skal understøtte rettighedsregistreringen. Kravet gælder kun i relation til aftaler, der overdrager retten i henhold til en EPC-patentansøgning. Konventionens art. 73 bestemmer i øvrigt, at "A European patent application may be licensed in whole or in part for the whole or part of the territories of the designated Contracting States."

Som nævnt indeholder de industrielle enerettigheder, der baseres på registrering af eneretten, også regler om registrering af

licensaftaler vedrørende denne ret. Registreringen skaber et let håndterligt bevis for, at licenstageren må råde over eneretten. Der er efter dansk ret ikke knyttet tingsretlige virkninger til selve denne registrering, jf. *U 1935.799 Ø*, men da det forhold, at A har registreret sin ret, indebærer, at B *ikke også* kan få sin ret registreret, har registreringen en vis advarselsfunktion i tilfælde af dobbeltdispositioner. En sådan tinglig beskyttelse er derimod fastsat for EU-varemærker, se hertil 23, jf. artiklerne 17, 19 og 22 i EU's varemærkeforordning (40/94).

For licensaftaler, der involverer EU-medlemslandene, kan de EU-retlige konkurrenceregler, jf. navnlig TEUF art. 101, have betydning. Navnlig vilkår om eksklusivitet, om pligt til ikke at anfægte eneretten og om forbud mod videreoverdragelse mv. kan true konkurrencen mellem medlemsstaterne. Kommissionen har gennem årene udsendt en række såkaldte gruppefritagelsesforordninger for teknologioverførselsaftaler, se senest Kfo 316/2014 af 21. marts 2014 (EUT L 93/17). Reglerne rummer en ganske kompliceret og detaljeret regulering og omtales ikke nærmere her. Se i stedet *Jens Fejø & Grith Skovgaard Ølykke: EU-konkurrenceret – almindelig del* (2014), s. 178 ff.

*Konkurrenceret-
lig regulering*

Et vist familieskab med den konkurrenceretlige regulering har patentlovens regler om *tvangslicens*, der indebærer, at den part, der ønsker at udnytte eneretten, kan få tilladelse hertil ved en dom afsagt af Sø- og Handelsretten, se hertil PL §§ 45-50, mod betaling af en afgift. Sådanne sager rejses forholdsvis sjældent. Da den licens, som patenthaveren i medfør af disse regler måtte blive pålagt at give, ikke udspringer af en *viljeserklæring*, er retsforholdet mellem tvangslicensgiver og licenstagere som udgangspunkt ikke aftaleretligt. Heraf følger bl.a., at patenthaveren/“tvangslicensgiveren” ikke er underlagt aftaleretlige loyalitetspligter mv. over for tvangslicenstageren. I praksis vil parterne i en sådan relation dog søge at tilrettelægge de nærmere vilkår for udnyttelsen af den tvangslicenserede opfindelse ved aftale. De retlige spørgsmål herom falder uden for denne fremstilling.

Tvangslicens

7.4.c. Kollektive licensordninger

En stigende del af aftaleindgåelsen vedrørende såkaldt sekundær udnyttelse af litterære og kunstneriske værker og præstationer er i dag genstand for kollektiv forvaltning: Den enkelte rettigheds-

*Kollektiv
forvaltning*

haver er herved sat ud af spillet, idet opkrævningen sker via et kollektivt forvaltningsorgan som f.eks. Copydan, KODA, Gramex og NCB. Gennem de licenser, der udgår fra de kollektive forvaltningsordninger (*aftalelicens*), og gennem den opkrævning, som reglerne om *tvangslicens* giver mulighed for, sikres grundlaget for en praktisk masseudnyttelse af værker.

Aftalelicens

Regler om *aftalelicens* indebærer, at den enkelte rettighedshaver mister sin beføjelse til selv at bestemme over udnyttelsen af sit værk. I stedet træder en forvaltningsorganisation ind og indgår aftaleforholdet med værksudnyttteren. Danmark har en lang tradition for opbygning af sådanne ordninger, jf. i det hele den hjemmel, der findes hertil i OPHL §§ 13, stk. 1, 14, stk. 1, 16b, stk. 1, 17, stk. 4, 24a, stk. 1, 30, stk. 1, 30a, stk. 1, 35, stk. 1, 4 og 5, og de fælles bestemmelser herom i lovens §§ 50-52. Med OPHL § 50, stk. 2, er der skabt en generel hjemmel for aftalelicens for brugere, der inden for et nærmere defineret område har indgået aftale om værksudnyttelse med “en organisation, der omfatter en væsentlig del af ophavsmandene til en bestemt art af værker, der anvendes i Danmark på det pågældende område”. Denne adgang gælder dog ikke, hvis ophavsmanden over for nogen af de aftale-sluttende parter har nedlagt forbud mod værkets udnyttelse.

Tvangslicens

En ophavsretlig *tvangslicens* indebærer, at eneretten erstattes af en vederlagsret. Eksempler herpå findes i OPHL § 17, stk. 3 (lydoptagelser af udgivne litterære værker til brug for syns- og læsehandicappede) og § 68 (offentlig fremførelse af udgivne lydoptagelser). De ophavsretlige regler om tvangslicens betyder, at værket kan bruges uden tilladelse fra ophavsmanden eller dennes organisation, blot der betales i overensstemmelse med de tariffer, forvaltningsorganisationen har fastsat. I mangel af aftale mellem bruger og organisation fastsættes sådanne tariffer ved beslutning fra Ophavsretslicensnævnet. Også her er det forvaltningsorganisationen, der opkræver vederlaget. Ordningerne har primært vundet indpas på områder, hvor samfundsmæssige og almene kulturpolitiske hensyn tilsiger, at adgangen til at benytte værker ikke begrænses eller blokeres, og hvor omkostningerne ved at skulle indgå singulære aftaler med den enkelte rettighedshaver ville være uforholdsmæssige.

De kollektive licenssystemer er undergivet en detaljeret aftaleregulering:

Ét sæt aftaler gælder mellem *brugeren og forvaltningsorganisationen*. Denne aftale har skikkelse af en klassisk licensaftale, hvis væsentligste formål er at regulere brugerens ret til at udnytte det repertoire af rettighedsbelagte værker, som forvaltningsorganisationen råder over.

Brugeraftaler

Et andet sæt af aftaler består mellem *forvaltningsorganisationen og rettighedshaverne*. Dette retsforhold tager udgangspunkt i et fintmasket foreningssystem bestående af rettighedshaverorganisationer, der repræsenterer grupper af rettighedshavere. Typisk optræder de enkelte rettighedshaverorganisationer som medlemmer af forvaltningsorganisationerne. Dette medlemskab legitimerer herefter de politisk prægede beslutninger, der træffes om selve fordelingen. Dermed indtræder også et tredje led i den ophavsretlige “fødekæde”, nemlig i forholdet mellem rettighedshaverorganisationen og medlemmet. I dette led kan udbetalingen af vederlag for rettighedsudnyttelsen (“*clearingen*”) tænkes enten at ske individuelt til det enkelte medlem eller efter en fordeling til kollektive formål, vedtaget af medlemmets organisation. Det forekommer dog også, at rettighedshaveren selv kan opnå medlemskab af forvaltningsorganisationen (hvilket f.eks. er relevant i KODA og Gramex). I disse tilfælde er det dog de relevante organisationer, der udpeger medlemmerne til de kompetente organer.

Rettighedshaver-aftaler

En særlig form for kollektiv forvaltning af immaterialrettigheder findes inden for områder, hvor der på frivilligt grundlag er etableret såkaldte *patent pools*, dvs. flerheder af patenter, der beskytter samme teknologi, som indehaves af forskellige rettighedshavere. I en sådan pulje giver rettighedshaverne i fællesskab licens til deres patenter. Denne praksis er navnlig udbredt inden for områder, hvor det er *funktionelt nødvendigt* at kunne benytte en flerhed af patenter. Et sådant funktionelt behov kan f.eks. skyldes, at tekniske komponenter skal kunne “tale sammen” eller betjenes af samme udstyr. Der foreligger f.eks. *patent pools* om den såkaldte MPEG-standard til kompression af videofiler, om de standarder, der ligger bag dvd- og *Blue Ray*-teknologien, og om store dele af den mobile telekommunikation. Fordelen ligger for det første i den koordinerende effekt, samarbejdet indebærer: Standardiseringsarbejdet sker ud fra et defineret ønske om at opnå bestemte funktionaliteter. Dertil kommer stordriftsfordelene ved,

Patentpulje-aftaler

at licensaftalerne nu kun behøver at blive indgået ét sted, uanset hvordan pengestrømmene flyder hen til den enkelte rettighedshaver. Udfordringen ligger omvendt i at undgå, at deltagerne ved deres aftaler om disse puljer hæmmer konkurrencen over for nye og måske bedre teknologier. Tilfælde af misbrug må i givet fald håndteres gennem konkurrenceretlige regler.

Alt efter sit indhold vil et patentpuljesamarbejde ofte etablere en form for *partnerskab* mellem de involverede. Ordningen giver kun mening, hvis beslutninger træffes uden vetoret. Dette mål kræver stringente beslutningsprocesser. Ligeledes må der sikres en beslutningsprocedure for, hvilke patenter der anses for *essentielle* for den pågældende teknologi. Afgørelsen heraf vil ofte blive lagt hos særlige evalueringspaneler, der repræsenterer den relevante sagkundskab.

7.4.d. Aftalepraksis

Aftaleindgåelsen

Licensaftaler om enerettigheder, der skal understøtte en planlagt produktionsproces, indgås typisk på initiativ af licenstagere, der måske fra studier i patentregistre har konstateret behovet for at opnå tilladelse til at benytte et patent. Som udgangspunkt har rettighedshaveren frihed til selv at beslutte, om han ønsker at meddele den pågældende licens. Er der hjemmel for *tvangslicens*, må dette udgangspunkt dog modificeres. Ligeledes kan konkurrenceretlige regler indebære en pligt for licensgivere med en dominerende stilling mv. til at meddele licenser. Har rettighedshaveren allerede meddelt en *eksklusiv licens*, der dækker den pågældende udnyttelsesform, vil dette afskære ham fra også at give licensen til andre.

I rettighedshaverens beslutning om at meddele en licens må udsigten til *indtægt* ved licensafgiften afvejes over for *risikoen* for, at den licenserede produktion påfører licensgiveren konkurrence. Jo højere licensafgiften er, desto større incitament har markedet til enten at *vælge* en anden teknologi, at *benytte* den relevante teknologi på den måde, der ikke berører eneretten, eller at søge retten *anfægtet* under en juridisk procedure. Ved at indgå licensaftale om en immaterialret, der måske kunne anfægtes, befæster patenthaveren indtrykket af, at retten faktisk består. Jo større tvivl der er om rettens beståen, desto friere vil rettighedshaverens licenspolitik typisk udfolde sig.

På grund af licenstransaktionens hyppighed findes der et væld af standardaftaler, der enten i samlet form eller fragmentarisk regulerer licensaftalens retsforhold. ORGALIME har f.eks. udsendt en Model for an International Technology Licensing Agreement (EU- henholdsvis EEA-version), der senest er udgivet i januar 2005 (optrykt hos *Domeij* (2010)), s. 398 ff. Af den fragmentariske type kan nævnes licensreglerne i de statslige it-kontrakter, K18, K33, K01, K02 og K03. Her som på andre områder af den praktiske aftaleret er formularretten navnlig udviklet af organisationer, der repræsenterer typiske parter i transaktionen.

Standardaftaler

7.4.e. Selve licensen

Licensgivers præstationshandling er et *løfte*, der tillader licenstagere at foretage en række nærmere beskrevne handlinger, som licensgiveren ellers kunne forbyde med sin immaterialret. Er andet ikke aftalt, rummer licensen ingen *garanti* for, at retten består. Viser det sig f.eks., at et patent er udstedt med urette, eller at der ingen ophavsret består (f.eks. på grund af manglende originalitet), bliver licensgiveren altså ikke uden videre erstatningsansvarlig som følge af licensen, jf. tilsvarende *Domeij* (2010), s. 228 ff. Et sådant ansvar kræver særskilt hjemmel enten i aftalen eller i den almindelige culperegulering. Bortfalder patentet, kan det vel tænkes, at licenstagers pligt til *fortsat* at betale for licensen også bortfalder, eller at der skal tilkendes et forholdsmæssigt afslag. Men også denne retsstilling beror på, hvad der i øvrigt er aftalt – ikke på selve licensen.

Den underliggende eneret

Som anført s. 414 f. om ophavsretsoverdragelse består der en fundamental forskel mellem at give *licens til* at gøre noget, der er genstand for en eneret, og at *overdrage* eneretten.

Licens vs. rettighedsoverdragelse

Ved en *licens* får licenstagere kun ret til at gøre det, licensen tillader (og som licensgiveren med eneretten i hånden ellers kunne forbyde). Overdrager rettighedshaveren hele *immaterialretten*, indtræder erhververen i alle de rettigheder, den hjemler, og overdrageren mister tilsvarende retten til at udøve dem (medmindre andet er særskilt aftalt). Det er to vidt forskellige retsfigurer. Som anført s. 415 f. fortolker domstolene licensaftaler direkte efter deres ordlyd. Kun den udtrykkeligt tilsagte ret til at gøre brug af immaterialretten antages at være omfattet. Uden særlig aftale har en patentlicenstagere f.eks. ikke ret til at vide-

– *licens*

reoverdrage licensen, jf. PL § 43. Knytter licensen sig til en op-havsret, kan en videreoverdragelse derimod ske, når denne er “sædvanlig eller åbenbart forudsat”, jf. OPHL § 56, stk. 2.

*Rettigheds-
overdragelse*

Ved en hel eller delvis overdragelse af *selve immaterialretten* indtræder erhververen i samtlige de rettigheder og pligter, der knytter sig til den pågældende eneret. Hermed følger bl.a. retten til at træffe bestemmelse om rettens *opgivelse* og senere *videreoverdragelse*, retten til at *forbyde* tredjemand at foretage sig handlinger, der omfattes af eneretten samt – for de registrerede enerettigheders vedkommende – pligten til at betale *årsafgifter*. I konsekvens af overdragelsen mister overdrageren den adgang han havde til at udnytte de immaterialretlige enerettigheder. Ønsker han at bibeholde retten hertil, må han opnå en licens fra retserhververen, der i kraft af sin retserhvervelse nu kontrollerer samtlige rettigheder.

Mellemformer

Visse rettighedsoverdragelser kan være vanskelige at rubricere som enten licens eller overdragelse. Det gælder f.eks., hvor en immaterialretsbeskyttet handling licenseres “uigenkaldeligt” mod betaling af et engangsbeløb og uden ret for overdrageren til selv at udføre den licenserede handling eller i øvrigt at disponere over eneretten. I sådanne tilfælde må der anlægges en konkret fortolkning, som navnlig må fokusere på, om det har været tanken, at overdrageren efter aftalen vedblivende skal kunne udøve “ejerbeføjelser” over immaterialretten. Overdragelse af en ideel andel af en immaterialret (f.eks. en “brøkdæl”) er ikke en licens, men en overdragelse, idet erhververen inden for sin brøk får andel i samtlige beføjelser. Dette gælder også, selvom erhververen som “samejer” kun har en andel i kompetencen til at råde over den samlede ret.

Koncipering

Licensen må konciperes, så den harmonerer med den immaterialretlige retsfølge, jf. i det hele afsnit 7.3. Først må man sikre sig, at eneretspositionen overhovedet *består*. Gør den ikke det, er der ikke grundlag for at betale licensafgift (hvorimod der kan være pligt til at betale for andre tjenester, f.eks. rådgivning). I *common law* følger dette resultat af, at licensgiver ikke har præsteret nogen modydelse (*consideration*) for licensafgiften, hvilket indebærer ugyldighed. Herhjemme varetages sådanne hensyn via de aftaleretlige ugyldighedsregler (forudsætningslæren) suppleret med konkurrenceretlige forbud, se hertil bemærkningerne straks

nedenfor. Det anses ikke rimeligt at pålægge nogen at skulle betale for at kunne gøre noget, som alle har frihed til.

Sammenhængen mellem *eneretten* og *licensvederlaget* får betydning, hvis eneretten ophører, f.eks. fordi den løber ud i medfør af sit immaterialretlige hjemmelsgrundlag eller erklæres ugyldig i medfør af konkurrenceretlige regler. I en vurdering af denne sammenhæng er det dog vigtigt at påpege, at vederlaget i en licensaftale også kan tænkes at dække værdien af andre ydelser end immaterialretten. Dette belyses ved dommen i *U 1991.652 H*, hvor licenstagere ikke ville betale licensafgift for perioden efter, at det licenserede patent var udløbet. Højesteret fandt imidlertid, at licensaftalen ikke kun angik *patentet*, men også en *eneforhandlingsret*, som levede videre efter patentets udløb. Hvis licenstagere opsagde licensaftalen, ville han få mulighed for at bruge den patenterede teknologi, men derimod ikke eneforhandlingsretten. Ved bedømmelsen spillede det også ind, at licenstagere rent faktisk havde betalt licensafgift efter patentets udløb.

Rettighedens ophør

Der må gælde en almindelig formodning for, at en licenstagere alene skal vederlægge licensgiveren for at kunne udnytte *gældende* rettigheder. Når f.eks. et patent er udløbet, er der jo ikke noget at betale for, eftersom enhver nu kan udnytte den opfindelse, der begrundede patentudstedelsen. Aftaler, der pålægger licenstagere at betale såkaldte *post-patent term royalties* kan vel være begrundet i den tanke, at et fikseret vederlag erlægges i en periode, der ligger på begge sider af patentudløbet. Men i almindelighed efterlader den slags aftaler et indtryk af ubalance mellem aftalparterne, der f.eks. kan være begrundet med, at licensgiveren har udnyttet en særlig konkurrenceposition. Se hertil *Ruinesson* (2014), s. 158. Som forudsat ved dommen i *U 1991.652 H* kan denne formodningsregel dog afkræftes, f.eks. hvis der rent faktisk præsteres andre ydelser. *U 1998.907 H* antog tilsvarende, at en samarbejdsaftale, der dels indeholdt en patentlicens, dels en aftale om levering af materialer til licenstagere, ikke kunne anses som bortfaldet ved patentets udløb. En rimelighedsvurdering efter AFTL § 36 kan føre til, at det samlede vederlag nedsættes, så det alene dækker disse andre ydelser. Se i samme retning *Ruinesson* (2014), s. 132 f.

En licensaftale, der pålægger licenstagere at betale for benyttelse af en teknologi mv., der ikke beskyttes immaterialretligt, vil

Konkurrenceretlige regler

ofte være i strid med konkurrencelovens § 6 (og tilsvarende TEUF art. 101, stk. 1), fordi pligten hertil indebærer en konkurrencebegrænsning. Til brug for afgørelsen af *U 1991.652 H* udtalte EF-domstolen den 12. maj 1989, at en aftaleforpligtelse, hvorefter en licenstager til en patenteret opfindelse uden tidsbegrænsning, og således også efter patentets udløb, skal betale licensafgift, ikke i sig selv udgør en konkurrencebegrænsning (jf. nu TEUF art. 101), når aftalen er indgået, efter at patentansøgning var indgivet, og umiddelbart før patentets udstedelse. Højesteret fandt det ikke godtgjort, at licensaftalen “kan have en mærkbar indflydelse på handelen mellem medlemsstater i EF”.

Retsstillingen er anderledes i USA med *Supreme Courts* dom i *Brullote v. Thys Co.*, 379 U.S. 29 (1964), der belyser de vanskelige afgrænsningsproblemer i sådanne “hybride” licensaftaler, der både omhandler tidsbegrænsede patenter og tidsubegrænsede erhvervshemmelighedslicenser. Som også antaget i *U 2012.3007 H* sker den konkurrenceretlige vurdering konkret. I sagen fandtes en royaltyaftale, som forpligtede licenstageren til også at betale vederlag for den ikke-licenserede del af sin produktion, ikke konkurrencebegrænsende, fordi den i andre henseender fremmede konkurrencen, nemlig ved at spare parterne for det betydelige besvær, der ellers ville være forbundet med at skulle afklare, om et konkret smykke var licensbelagt eller ikke. Vil licensgiveren sikre sig mod en efterfølgende indsigelse om fuldstændig ugyldighed, bør hybridlicensen præcisere, hvilke licensvederlag der knytter sig til den tidsbegrænsede, henholdsvis tidsubegrænsede, eneret.

– industrielle
enerettigheder

Knytter licensen sig til en industriel enerettighed, der baseres på en offentligretlig registrering, kan den typisk beskrives under henvisning til den identifikation, eneretten har i den forvaltningsakt (f.eks. et patentskrift), der dokumenterer retten. For den praktiske koncipering kan denne beskrivelse præciseres ved, at patentskriftet (eller patentansøgningen) vedlægges aftalen som *bilag*. Hermed undgås tvivl om, hvorvidt aftalen angår de danske og/eller udenlandske rettigheder, eftersom dokumentet udtrykkeligt angiver sit geografiske anvendelsesområde. Derimod må parterne fortsat tage stilling til, hvorledes deres retsstilling skal være, hvis en ansøgning ikke tages til følge, eller hvis eneretten *underkendes* ved dom. Ligeledes må den præcisere, om senere *ændringer* i ansøgningen også skal være omfattet af licensen.

En licens, der angår en *ophavsret*, kan i sagens natur ikke støtte sig til noget registreringsbevis, eftersom ophavsretten opstår formløst. I stedet må aftalen præcisere, hvilket *værk* der er tale om, jf. OPHL § 1. Denne beskrivelse kan være vanskelig, hvis værket endnu ikke er kommet til eksistens – f.eks. idégrundlaget til en tv-serie. For at lette en efterfølgende bevisførelse om indholdet af en aftale, der hjemler en sådan fremtidig udnyttelsesret, kan det være en fordel, om rettighedshaveren forud for aftaleindgåelsen forfatter en *synopsis*, der så detaljeret som muligt skitserer det planlagte værk. Foruden det bevismæssige formål kan det tænkes, at en sådan synopsis anses som et *selvstændigt litterært værk*, der krænktes ved en senere udnyttelse (i form af en bearbejdning, jf. OPHL § 4, stk. 1) uden ophavsmandens tilladelse. Se i øvigt om koncipering af ophavsretlige aftaler, *Jan Rosén: Upphovsrättens avtal*, 3. uppl. (2006) og *Johan Schlüter, Jesper Bay & Jakob Plesner Mathiasen: Musikaftaler* (2006).

– *ophavsret*

Det kan være vanskeligt at beskrive genstanden for en licensaftale om erhvervshemmeligheder. Ud over at skulle håndtere det bevismæssige problem om parternes respektive rådighed over erhvervshemmeligheden før aftaleindgåelsen (se herom i afsnit 7.2.a.), er det vanskeligt at definere en afbalanceret retsstilling efter aftaleophør, hvis begge parter undervejs har bidraget til at udvikle den hemmeligholdte teknologi. En effektiv vej ud af dette skisma kan bestå i en løbende, og krævende, indsats med at beskrive, præcisere og nuancere de enkelte led i den hemmeligholdte, og videreudviklede, teknologi. Kunne erhvervshemmeligheden have opnået patentbeskyttelse, kan aftalen sondre mellem patent på en fremgangsmåde, en anvendelse og et produkt.

– *erhvervshemmeligheder*

Et sameje kan også omfatte en immaterialret. Også i sådanne samejeforhold kan der opstå uenighed om, hvordan retten skal udøves. En sådan uenighed kan reducere immaterialrettens værdi, fordi den hindrer beslutninger: Uden modstående aftale bør samtlige indehavere tiltræde dispositioner om licens eller overdragelse. Dette aspekt af et sameje om en immaterialrettighed må aftalereguleres efter de principper, der gælder for andre samejeaftaler, se hertil afsnit 2.3.g. I den forbindelse bør samejerne aftale deres indbyrdes fordeling af vederlag og udnyttelsesrettigheder mv.

Samejeforhold

Samme usikkerhed som den, der opstår ved uenighed mellem samejerne af en immaterialret, opstår, hvis der er tvivl om, hvem der er medindehaver af retten. I *U 1989.1016 H* var der f.eks. opstået tvivl om, hvorvidt en designer havde ydet en sådan medvirken ved formgivningen af en kaffekande, at han havde ret til en andel af licensbetalingen ved dens kommercielle udnyttelse. I en sådan situation vil den forsmåede part kunne true den efterfølgende produktion og afsætning med retsforfølgning (sml. OPHL § 6, 2. pkt., hvorefter enhver rettighedshaver til et fællesværk kan påtale retskrænkelser). Selv om en kyndig jurist måske vil bedømme retskravet som udsigtsløst, vil den usikkerhed, kravet repræsenterer, skræmme investorer og distributører væk.

De licenserede handlinger

Når parterne har identificeret de enerettigheder mv., der er licensaftalens genstand (licensaftalens *retsfaktum*), må de fastslå, hvilke af de rettighedsbelagte handlinger licenstagere skal have ret til at udføre (licensaftalens *retsfølge*). Må udgiveren f.eks. kun udgive et faglitterært værk i bogform, eller skal det også være tilladt at udsende det som e-bog? Må enkelte afsnit udgives som artikler eller indlægges i databaser? Fordi licensen angår information (og dermed en værdi, der – når den er kendt – ikke er underlagt nogen knaphed), er der intet til hinder for at meddele helt samme (ikke eksklusive) licens til flere licenstagere. En måde at gøre dette på er at opbygge et system, hvorefter hver enkelt licenstagere opnår sin ret sammen med et principielt ubegrænset antal sideordnede licenstagere. Denne løsning er f.eks. helt uproblematisk ved licenser til standardprogrammer. En anden mulighed er at opdele det område, eneretten dækker, i mindre territorier, som herefter gives i eksklusiv licens eller enelicens, jf. nærmere i afsnit 7.4.e.

Tidsbegrænsning

Visse “licenser” indgås uden tidsbegrænsning (dvs. så længe den bagved liggende immaterialret eksisterer). Det gælder f.eks. de forbrugsprægede licenser, der knytter sig til anvendelsen af edb-programmer, jf. de udfyldende regler herom i OPHL § 36. Når lovgivningen ændrer enerettens varighed, må aftalen ofte forstås således, at den også gælder i forlængelsesperioden (forudsat der også heri skal betales for brugen). Dette resultat antoges i *U 2002.1224 H* om forlagsrettighederne til kompositionen *Tango Jalousie*. Dommen antog, at aftalen også omfattede den

yderligere beskyttelsestid på 20 år, som blev indført ved ophavsretsloven af 1995.

En udnyttelsesret, der meddeles uden tidsbegrænsning, kan efterlade det indtryk, at der er overdraget en *immaterialret* og ikke blot meddelt en *licens*. Denne opfattelse er urigtig, allerede fordi rettighedshaveren jo bibeholder sine residuelle immaterialretlige beføjelser trods den manglende tidsbegrænsning. Derimod kan der indtræde et ejerskab til det eksemplar, der er skabt på grundlag af en immaterialret. Udøvelsen af denne ejendomsret er dog underlagt de handlefrihedsbegrænsninger, der følger af immaterialretten og af retssystemets regler i øvrigt. Denne betragtning er bl.a. relevant i relation til slutbrugerlicenser til edb-programmer, jf. drøftelsen herom i afsnit 5.4.b.

Der er vide muligheder for at afgrænse omfanget af licensretten. Se nærmere hertil *Rumesson* (2014), s. 89 ff. De eneste grænser sættes af immaterial- og konkurrenceretten, jf. bemærkningerne s. 433 f. om *U 1991.652 H* og *U 2012.3007 H*. Det patent, der efter sit indhold angår en specifik, teknisk produktionsproces, giver snævrere rammer for koncipisten end f.eks. det patent, der dækker de basale teknikker til genetisk manipulation. I relation til teknologiske licensaftaler (dvs. licenser til patenter, brugsmødder og erhvervshemmeligheder) er det normalt at sondre mellem licensens *field* og *use*. I afgrænsningen af licensens “*field*” tager parterne stilling til, hvilke markeder, licensen skal gælde for (f.eks. forskning i nye lægemidler, men ikke terapeutisk brug). Afgrænsningen af “*use*” tager stilling til de handlinger, der tillades inden for dette område (f.eks. terapeutisk brug, men ikke forskning i nye lægemidler). Selve *licensen* bør afgrænses i overensstemmelse med licenstagernes økonomiske interesse i licensen, og *licensafgiften* må afpasses herefter.

I ophavsretlige udgivelsesaftaler, jf. herom i afsnit 7.5., sonderer man ofte mellem den “primære” og “sekundære” udnyttelse. Sondringen går på, om en udnyttelse var forudset og kalkuleret, da parterne indgik aftalen og besluttede sig for den første udnyttelse. En udnyttelse af eneretten, der er indkalkuleret (og som aftalens økonomi altså er baseret på), betragtes som *primær* og dermed umiddelbart som omfattet af aftalen. Andre udnyttelsesformer er ikke nødvendigvis omfattet, men hvis ophavsman-

*Variations-
muligheder*

*Udgivelses-
aftaler*

dens udnyttelse af dem vil kollidere med udgiverens økonomiske interesser i den primære udgivelse, vil man almindeligvis antage, at udgiveren har en forbudsret. Sekundære ophavsretlige udnyttelsesformer vil ofte være undergivet kollektive licensordninger, se hertil afsnit 7.4.c.

Programmel

Markedet for edb-programmer (software) har udviklet en række egenartede licenstyper, der korresponderer med de mangfoldige ophavsretlige udnyttelseshandlinger (kopiering, ændring, spredning mv.), der sker under programanvendelsen. Programmer benyttes til ensartede funktioner på forskelligt udstyr (f.eks. på arbejdspladsen og i hjemmet, lokalt og på nettet), og i forbindelse med hver af disse anvendelser sker der et stort antal eksemplar fremstillinger, som brugeren ikke har styr på. Derfor er det upraktisk at afgrænse en programlicens, så den dækker et specifikt antal eksemplar fremstillinger. Dette er baggrunden for, at de udfyldende regler om eksemplarlicens, der findes i OPHL § 36, giver den lovlige bruger adgang til at fremstille sådanne eksemplarer af programmet og foretage sådanne ændringer i programmet, som er nødvendige for, at han kan benytte det efter dets *formål*, herunder rette fejl. Licensgivere, der ønsker at fravige disse regler, vil ofte enten afgrænse licensen, så den gælder den enkelte brugers *benyttelse* af enkelte *programfunktioner*, eller så licensen knyttes til, at programmet benyttes på nærmere angivet *udstyr*. Skal programmet benyttes af en flæthed af brugere i en virksomhed, kan aftalen rumme en ubegrænset ret til at benytte det i den pågældende *virksomhed* (såkaldt *site-licens*), ligesom der kan vedtages et maksimalt antal *samtidige brugere*.

Licensering af såkaldte *open source*-programmer giver anledning til særlige problemer, se herom *IT- og Telestyrelsen: Vejledning om offentlige myndigheders anskaffelse og brug af open source-software – retlige forhold* (september 2008).

I programlicensaftaler aftales det ofte, at kunden ikke må give tredjemand adgang til brug af programmet og heller ikke overdrage retten til at benytte programmet til tredjemand. Sådanne vilkår kombineres gerne med en *hemmeligholdelsespligt* for licenstageren, der som udgangspunkt gælder som andre hemmeligholdelsesvilkår. Dette udgangspunkt må dog efter omstændighederne fraviges, hvis der er tale om en licens, som er tilgængelig på et almindeligt forbrugsmarked, hvor licenstagere udvælges uden

forudgående kvalitetskontrol. Her kan det være praktisk umuligt at opretholde en “hemmelighed” i relation til hver enkelt licenstagere. En virksomhed med en dominerende stilling, der søger at pålægge kunder en sådan pligt, vil efter omstændighederne udøve konkurrencemisbrug, jf. konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 1.

En licensaftale kan være *eksklusiv* eller *simpel* (ikke-eksklusiv). Den er eksklusiv, når den kun meddeles til én person. I så fald forpligter licensgiver sig til hverken at give en tilsvarende licens til *andre* eller *selv* at udnytte den. På grundlag af dette løfte kan licenstagere herefter indtage rollen som *monopolist* på det marked, der efterspørger produkter, der er dækket af licensen. Licensen er derimod *simpel*, når licenstagere må affinde sig med, at alle andre også kan opnå den. Stort set alle programlicenser er simple licenser.

Eksklusivitet

Imellem den eksklusive licens og den simple finder man *enelicensen* (på engelsk kaldet *sole license*). Hvor licenstagere i en eksklusiv licens er den eneste, der kan udnytte det licenserede, bevarer også licensgiveren under en enelicens denne ret. Parterne vil som regel kun aftale eksklusivitet, hvis licensaftalen forudsættes udnyttet på et marked, som det er rationelt at lade en enkelt virksomhed opdyrke. Både den eksklusive licensret og enelicensen vil typisk fremtræde i komplicerede transaktioner, der også indbefatter andre ydelser fra licensgiver. Det kan her være forudsat, at licenstagere skal opbygge et produktionsapparat til den licenserede produktion, og at han skal sikre en vis afsætning af det produkt, licensen frembringer.

Enelicens

Licenstagere kan have usaglige motiver til at ønske eksklusivitet. Angår licensen en teknologi eller et produkt, som konkurrerer med licenstagerens egen produktion, kan licenstagere benytte en eksklusiv licens til at braklægge den truende teknologi og dermed hindre konkurrerende producenter i at udhule hans marked med den mere konkurrencedygtige patenterede teknologi. Bl.a. for at undgå denne konsekvens, men også for at sikre et rimeligt vederlag for denne vidtfavnende rettighedsafståelse, bør en eksklusiv licens *enten* indeholde en regel om, at der mindst betales et vist minimumbeløb i licensafgift (f.eks. ved aftalens indgåelse eller med årlige beløb), *eller* en adgang til at opsige aftalen med kort varsel, hvis ikke licensgivers økonomiske forventninger til transaktionen indfries.

Braklægning

Problemstillingen genfindes i problematikken om eksklusivitet, minimumsomsætning og om distributørens ret til godtgørelse ved opsigelse af aftaler om distribution, se hertil s. 363 ff. og 369 f. Spørgsmålet forhandles typisk indgående før aftaleindgåelsen. Over for licensgiverens økonomiske interesser i at se immaterialretten udnyttet effektivt står licenstagernes interesse i at sikre den investering, han præsterer som grundlag for sin rettighedsudnyttelse. Denne investering kan gå tabt ved en vidtgående adgang for licensgiveren til at opsigelse licensaftalen. Problemstillingen er alene lovreguleret i relation til ophavsretlige licenser. Her fastslår OPHL § 54, som anført s. 416, at ophavsmanden kan bringe aftalen til ophør med 6 måneders varsel, i det omfang udnyttelsen ikke er iværksat inden 3 år efter det tidspunkt, hvor aftalen er opfyldt fra ophavsmandens side.

Indeståelse og
håndhævelse

En licenstag, der betaler for retten til at *gøre noget*, som en immaterialret ellers forbyder, vil typisk forvente, at eneretten også består. Hvorfor skulle han ellers betale? Derfor bør pligten til at betale licensafgift ledsages af en pligt til at sikre licenstagere i en situation, hvor eneretten ikke bestod ved aftaleindgåelsen eller ophører med at eksistere. At retten ikke *består*, har to økonomiske konsekvenser, jf. *Koktvedgaard* i TfR 1965.571, s. 580: For det første mister licenstagere sin *fortrinsstilling*, hvis andre *de facto* kan udøve den pågældende ret. Tilsagt eksklusivitet bliver dermed reelt til ikke-eksklusivitet. For det andet risikerer licenstagere, at tredjemand kan *modsætte* sig den licenserede handling.

Med sigte på disse scenarier er det nærliggende at drage sammenligninger til vanhjemmelstilfælde. I begge tilfælde er der tale om, at licensgiveren ikke tildeler licenstagere de tilsagte rettigheder. Spørgsmålet om, hvilken sanktionsregulering der bør gælde ved en sådan misligholdelse, er imidlertid ikke let at besvare. Undertiden kan det være velbegrundet, at leverandøren påtager sig et vanhjemmelstilfælde lignende garantiansvar, jf. bemærkningerne herom *Praktisk aftaleret*, afsnit 8.1.e. og *Domeij* (2010), s. 241 f., men en sådan garanti må i givet fald være meget præcis. Licensgiveren er nemlig ofte helt uden indflydelse på de forhold, der indebærer, at den licenserede ret ikke består. Det kan f.eks. tænkes, at der uden licensgiverens kendskab er offentliggjort nyhedsskadelig viden forud for indleveringen af et patent, eller at

der allerede er indgivet en anden patentansøgning, der dækker den patenterede teknologi.

Licenstagere skulle ikke gerne møde konkurrence fra virksomheder, der kvit og frit (i kraft af manglende sanktionering) kan benytte den teknologi, som licenstagere betaler licensgiver for retmæssigt at benytte. Derfor bør licensgiver forpligte sig til at retsforfølge tredjemands krænkelse af eneretten. Dette arbejde betegnes ofte som *policing* (overvågning) og indbefatter også den præventive kontrol med, at licensvilkår overholdes. Se hertil bemærkningerne i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.6.b., og *Domeij* (2010), s. 268 ff.

Policing

Muligheden for at “*police*” en eneret beror på dens karakter. Licenser til erhvervshemmeligheder og fremgangsmådepatenter er vanskelige at *police*, fordi de produkter, som er tilgængelige på markedet, jo ikke afslører, hvordan de er produceret. Hertil kommer den retlige og bevismæssige usikkerhed om, hvorvidt fremgangsmåden overhovedet er retsbeskyttet. Afklaringen af sådanne tvivlsspørgsmål kan bero på komplicerede tekniske forhold, som end ikke lader sig afklare ved brug af de regler om udenretlig bevissikring, der er hjemlet ved reglerne i retsplejelovens kapitel 57a. Dette regelsæt forudsætter nemlig, at rettighedshaveren er klar over, hvor han skal lede. For at støtte licensgiveren i det vanskelige efterforskningsarbejde påtager licenstagere sig typisk at *orientere licensgiver* om opdagede krænkelse.

En manglende opfyldelse af licensgiverens pligt til at *police* eneretten vil reducere det licenseredes værdi, fordi licenstagere nu vil møde konkurrence fra andre udbydere, der ikke afholder licensafgiften. Det kan tilmed tænkes, at licensgivers manglende *policing* medfører bortfald af immaterialretten. Erstatningspligten kan eventuelt kombineres med ret til vederlagskorrektur.

Undertiden opstår der tvivl mellem parterne om, hvorvidt den licenserede eneret overhovedet består. Af de grunde, der er nævnt i det foregående, har licenstagere en berettiget interesse i at være sikker på dette. For at opnå denne sikkerhed kan han være nødsaget til at sagsøge licensgiver. Et sådant skridt vil licensgiveren selvsagt ikke ønske. Måske har han indgået licensaftalen på vilkår, der netop tager højde for rettens usikre karakter. Dernæst fremmer en retssag ikke ligefrem den gode atmosfære.

Ikke-angrebsklausuler

Licensgiveren kan sikre sig mod sådanne handlinger ved at

indføje en ikke-angrebsklausul (*non-challenge provision*) i licensaftalen. En sådan klausul rummer et løfte fra licenstagere om ikke at ville anfægte gyldigheden af de immaterialrettigheder, licensaftalen angår. Ikke-angrebsklausuler er som udgangspunkt gyldige. Ligger der en velovervejet økonomisk disposition til grund (sml. eksemplet med den tvivlsomme licensaftale) behøver klausulen ikke rumme noget skær af udnyttelse eller urimelighed. Undertiden vil ikke-angrebsklausuler dog stride mod konkurrenceretlige regler, jf. *Palle Bo Madsen* (2015), s. 288 ff., og *Domeij* (2010), s. 248 ff.

7.4.f. Licensafgiften

Licenser vederlægges typisk ved betaling af pengebeløb, den såkaldte licensafgift. I ophavsretlige licensaftaler tales ofte om *royalty* – et ord, der udspringer af den betaling, man under ældre engelsk *Crown Copyright* afgav til kongen for at udnytte tryk-frihedsprivilegierne (ophavsrettens forløber). At fastslå en licensafgift indebærer en stillingtagen til licensens *størrelse* og *betalingsstruktur*. Afhængigt af denne regulering kan der herudover være behov for regler om, hvordan betalingen kontrolleres, jf. redegørelsen i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.3.b. Reguleringsbehovet skyldes det særkende ved information, at “tyveri” kan ske, uden at den “bestjålne” opdager det.

Størrelse

Vanskelighederne med at værdisætte en licensafgift hænger sammen med de generelle vanskeligheder med at værdiansætte information, jf. herom ovenfor s. 393. Da kendt information som nævnt ikke er undergivet almindelige principper om knaphed (der er ingen grænser for, hvilket oplag en bog kan udkomme i, eller for, hvor stort antal et licenseret produkt produceres i), må andre faktorer indgå i værdiskønnet, herunder:

- (1) enerettens *betydning* for licenstagere (forventes licenstagere at indgå andre licensaftaler, eller etablerer licensen det fulde grundlag for produktionen?);
- (2) den *besparelse*, der ligger i at kunne benytte eneretten;
- (3) enerettens *markeds-mæssige placering* (består der et monopol, eller er der fri konkurrence med substitutionsvarer?); samt
- (4) de *udviklingsomkostninger*, licensgiver har afholdt for at bringe den licenserede teknologi til verden.

Hertil kommer en række faktorer, der har relation til den specifikke licens, herunder om den er *eksklusiv* eller *simpel*, og om licenstageren har ret til at meddele *underlicens*. De nævnte faktorer vil tælle med forskellig vægt, afhængigt af hvilket område (“*fjeld*”), licensen meddeles for, og til hvilket brug (“*use*”), jf. om dette begrebspar s. 437. Konkurrenceforhold og immateriel retsbeskyttelse bestemmes typisk af nationale forhold. Derfor vil parterne ofte fastsætte licensbetalingen til forskellige beløb, alt efter på hvilket niveau i produktionsprocessen licensen anvendes, og hvor i verden parterne befinder sig.

I sin afhandling om “Patentlicenser” (der har undertitlen: Studier i licensavtal angående patent, patentansøknin­gar och know-how med særskild hänsyn till amerikansk och tysk rätt) fandt *Claes Sandgren* (1974), at licensafgiften for patentlicenser generelt lå typisk på omkring 4-5 % af omsætningen. Var det licenserede produkt en forbrugs­vare, som var udsat for stærk konkurrence, og som masseproduceres, faldt licensafgiften til 1 % eller nogle få procent. Afgifter over 5 % ansås for usædvanlige. Produkter, der beskyttes af stærke enerettigheder, og som derfor kan afsættes under svag konkurrence, kunne give anledning til licensafgifter på 10 % og derover. Se i det hele a.st. s. 52 f. *U 2007.1219 H* udmålte erstatningen for en patentkræn­kelse ud fra den markedsmæssige værdi af fordel­en ved at kunne anvende patentet. Godtgørelsen blev herefter sat til 5 % af omsætningen. *Henrik Bergman* påpeger i NIR 1995.186 ff., at praksis undertiden anvender to tommelfingerregler; en 25 %-regel, der tager udgangspunkt i den nettofortjeneste, der indvindes ved anvendelse af den licenserede teknologi, og en 5 %-regel, der anvendes i relation til den bruttoomsætning, der indgår i beregningsgrundlaget. *Domeij* (2010), opstiller en tommelfingerregel, hvorefter 25 % af licenstagere­ns gevinst ved at udnytte patentet på markedet skal betales i vederlag. Se i øvrigt om de konkurrenceretlige aspekter af royaltystats­settelsen, *Domeij*, a.st. s. 288. Hos *Gregory J. Battersby & Charles W. Grimes: Licensing Royalty Rates* (2011) finder man en *Royalty Rate Survey* for 2010 med de licensafgifter, der har været aftalt inden for en række forskellige produktkategorier. Undersøgelsen er baseret på data indhentet fra U.S. Patent and Trademark Office. Se også *Ru­nesson* (2014), s. 157 ff.

Betalingsstrukturen for licensafgiften beror først og fremmest på økonomien i den produktionsproces, licensen understøtter. En *engangsafgift* kan være hensigtsmæssig, hvis transaktionen ikke bindes op på præstationskriterier, eller hvis vederlaget er så be-

*Betalings-
struktur*

skedent, at det ikke står mål med omkostningerne ved at skulle administrere en løbende betaling.

*Kombinations-
former*

Kombinationsformer kan også tænkes. Licenstager kan f.eks. betale et “*up front*”-beløb (for at vise sin seriøsitet og økonomiske formåen), hvorefter aftalen overgår til variabel betaling beregnet efter volumen. Det forekommer også, at licenstageren i en begyndelsesfase, hvor han selv skal afholde omkostninger for at etablere sit produktionsapparat, betaler et forholdsvis mindre beløb. Når produktionen ruller, startomkostningerne er afskrevet, og markedet efterspørger den licenserede teknologi, er grundlaget lagt for en højere licensafgift. Omvendt kan der argumenteres for, at licensafgiften bør være faldende, når licensgiveren har fået sine udviklingsomkostninger hjem.

Visse licenser er forbundet med en fast betaling for den tid, hvor licenstageren bruger den licenserede teknologi, uanset hvilken omsætning der hermed realiseres. En sådan betalingsprofil kan være hensigtsmæssig for licenser vedrørende procespatenter, som forudsættes anvendt til forskning og udvikling over en bred kam. Det patent, der beskyttede *Cohen & Boyer's* pioneropfindelse vedrørende gensplejsning (rekombinant DNA-teknik), er et eksempel herpå. Standardaftalen for licensering af dette patent er optrykt hos *Bryde Andersen & Kockvedgaard: Bioteknologi og patentret* (1990), s. 251 ff.

Hvis patentet realiserer sin værdi under en produktionsproces, der efterfølges af en afsætning, kan det være passende med et betalingsprincip, der står i forhold til den realiserede *økonomiske nytteværdi*. Denne nytteværdi kan enten basere sig på *bruttototal*, f.eks. størrelsen af licenstagerens udfakturerede produktion, eller på *netttotal*, dvs. en nærmere angiven fortjeneste ved salg af det licenserede produkt. Disse forskellige betalingsformer er omtalt i *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.3.b.

*Sikring af
betalingskravet*

Betaler licenstageren ikke licensafgiften, er licensgiveren som udgangspunkt stillet som *usikret kreditor*. Uden tinglig sikkerhed må licensgiveren søge sit krav tvangsfuldbyrdet i licenstagers aktiver på lige fod med andre usikrede kreditorer, ligesom licensgiveren efter licenstagers konkurs må anmelde kravet som simpelt krav. Man kan rejse spørgsmålet, om licensgiver med sin immaterialret kan bringe sig i en situation, der reelt kan give ham en slags fortrinsstilling over det licenserede produktionsresultat, når

det foreligger (altså de *fysiske* produkter, der er skabt ved brug af licensen), selv om den licenserede immaterialret ikke i sig selv skaber tinglige rettigheder over disse formuegoder.

Når dette spørgsmål analyseres, må man tage udgangspunkt i, at de ejendomsretlige og immaterialretlige regler, der skaber rettigheder til den licenserede produktion, følger to spor – et fysisk og et immaterielt – og at disse to spor fungerer *side om side*. Når der f.eks. indgår *papir* i produktionen af en papirbog, ligger det klart, at papir er et fysisk aktiv, som i sig selv kan være genstand for en *materiel* ejendomsret, hvad enten papiret ligger på råvarelageret, eller det tager form af en færdigproduceret bog. I denne fysiske skikkelse kan papiret og papirbogen f.eks. pantsættes og gøres til genstand for ejendomsforbehold mv. I bogproduktion ser man derimod det *immaterielle* spor i det ophavsretlige *værk*, som materialiseres i papirbogen (f.eks. en roman), og som beskyttes af en *ophavsret*. Denne ret giver nogle ophavsretlige beføjelser, som bl.a. har at gøre med, om indehaveren har ret til at *råde* over den færdige bog, uanset ejendomsretlige bånd.

Fordi ophavsretten og ejendomsretten fungerer i to spor, kan forfatteren ikke (uden videre) med sin ophavsret over romanen fjerne papirleverandørens ejendomsret til papiret. Papirleverandørens fysiske *ejendomsret* til papiret, og forlagets eller trykkeriets fysiske ejendomsret til bogen, forsvinder ikke, blot fordi bogen også er genstand for en *immateriel retsbeskyttelse* i form af en ophavsret til den roman, der er trykt på siderne. Derimod kan ophavsretten til romanen lægge begrænsninger i *udøvelsen* af denne ejendomsret, f.eks. hvis forholdene er lagt til rette således, at rettighedshaveren kan modsætte sig *konsumtion* af den trykte bog og dermed muligheden for at realisere romanens økonomiske værdi.

En indirekte tinglig beskyttelse på immaterialretligt grundlag kan dog opnås, hvis der i licensaftalen (i eksemplet, forlagsaftalen) lægges mængderestriktioner i licenstagernes adgang til at udøve licensen, og hvis disse restriktioner knyttes an til betalingen. Har licenstagere alene ret til at *producere* eller *overdrage* (“spredde”) et bestemt antal *eksemplarer* af det licenserede produkt, indtil der er sket betaling til licensgiver, vil eksemplarer, der *overstiger* dette antal, være retsstridige. I konsekvens heraf kan disse eksemplarer ikke produceres, henholdsvis overdrages, før der er sket betaling. Er produkterne produceret eller over-

De to spor

Mængderestriktioner

draget i strid med en sådan begrænsning, må licensgiverens *samtykke* indhentes. Uden dette samtykke vil produkterne blive ramt af den retsmangel, som licensgiverens immaterialretlige beføjelser indebærer. Da dette samtykke typisk vil blive meddelt efter betaling, vil licensgiveren herved blive stillet i en situation, der kan være lige så kraftfuld som en tinglig ret over det producerede produkt.

Krav om kontrol

Et konkursbo bør kun respektere arrangementer af denne karakter, hvis licensgiveren løbende har ført kontrol med, at betalingsreglerne og produktionsmaksimeringen overholdes. Gennemføres en sådan kontrol ikke, vil der være risiko for, at forholdet efterfølgende bedømmes som omgåelse. Ulempen ved at indføre klausulerede licenser, der lægger mængdemæssige restriktioner i licenstagernes produktion, indtil der er sket betaling af licensafgiften, ligger derfor i det besvær, som disse kontrolforanstaltninger er forbundet med. Besværet er dog ikke større end det, man i andre lignende sammenhænge (f.eks. ved nøglepant og konsignation) pålægger en rettighedshaver. Har produktionen tilstrækkelig høj værdi, opvejes omkostninger med fordele.

Retspraksis

Der findes ikke megen praksis om disse spørgsmål. I *U 1988.619 Ø* gjorde en kreds af forfattere som kreditorer i konkursboet efter en forlagsvirksomhed gældende, at boet var uberettiget til at afhænde en lagerbeholdning af deres bøger. Heri fik de ikke medhold, idet de ikke "havde sikret sig en tinglig beskyttet ret efter sædvanlige formueretlige regler". Som situationen forelå, havde forfatterne ingen praktisk mulighed for at sikre sig en panteret i *bøgerne*. Bøgerne var jo som fysiske genstande omfattet af forlagets almindelige *ejendomsret* og indgik derfor efter konkursen som en del af konkursmassen, jf. bemærkningerne ovenfor. Skulle nogen kunne gøre ejendomsforbehold gældende over bøgerne, måtte det være det *trykkeri*, der havde produceret dem. Forfatterne havde derimod ikke sikret sig ved en licensaftale, der betingede forlagets adgang til at foretage eksemplarfrestillinger på en sådan måde, at rettighedshaveren var sikret betaling forinden.

Problemet er ligeledes berørt i *U 1983.545 H*, hvor et pladeselskab inden sin konkurs havde haft aftale med *Nordisk Copyright Bureau* (der giver komponisters og musikforlags rettigheder i licens til brug bl.a. ved

musikproduktion) om at benytte NCB's repertoire mod vederlag. Ifølge aftalen skulle der betales vederlag herfor "i det øjeblik pladen forlader producentens lager eller lagre", idet afregning skulle ske efterfølgende. Efter konkursen opsagde NCB aftalen med pladeselskabet. NCB gjorde nu gældende, at konkursboet efter pladeselskabet dermed mistede retten til at overdrage producerede plader. Højesterets meget kortfattede præmisser henviser til, at konkursboet ikke ved at udnytte den ret til salg af det varelager af grammofonplader og kassettebånd, der forelå ved konkursens indtræden, havde krænket de ophavsrettigheder, som NCB forvaltede, og at NCB's krav derfor ikke havde status som massekrav efter KL § 93, nr. 3. Dette var ligeledes udfaldet i *U 2008.2167 H*, hvor en forprojektering med tilhørende arkitekttegninger var overdraget af et konkursbo og genbenyttet af en ny bygherre. Se også om problemstillingen *IT-retten*, afsnit 12.2.b.

7.4.g. Særlige forpligtelser

For at få fuld nytte af den licenserede teknologi kræves ofte teknisk ekspertise. Behovet herfor er indlysende, når licensen angår en *erhvervshemmelighed*. Licensaftaler herom pålægger derfor ofte licensgiveren at yde *rådgivning og uddannelse* mv. til licenstageren. Dette behov kan også være aktuelt, selv om licensen er begrænset til et *patent*. Selv om det følger af PL § 8, stk. 2, at patent kun kan meddeles, hvis der foreligger en patentbeskrivelse, der er "så tydelig, at en fagmand på grundlag deraf kan udøve opfindelsen", forudsætter en optimal udnyttelse af mange patenter en betydelig know-how om patentets tekniske potentiale, f.eks. i en produktionsproces. Dette samspil mellem de forskellige immaterielle og rådgivningsmæssige elementer i en licensaftale kan efterlade usikkerhed om, hvilken slags transaktion man egentlig står over for. *Runesson (2014)*, s. 25 ff., tager konsekvensen heraf ved i stedet for at tale om "patenter" og "erhvervshemmeligheder" mv. generelt taler om licensering af "inventioner".

Uanset sprogbrugen ligger det klart, at licensaftaler ofte vil kunne indeholde elementer af andre af de transaktioner, der kendes fra den praktiske aftaleret. Med sigte på de *nye teknologier*, som licensgiveren måtte udvikle efter licensaftalens indgåelse, kan det f.eks. være relevant at indbygge *optioner* til fordel for licenstageren (såkaldte *grant forward*-klausuler, se hertil *Runesson (2014)*, s. 51 ff.). Ofte vil der tillige indgå et element af teknisk *vedligeholdelse*, se herom afsnit 5.5. Aftaler om *rådgivning* behand-

*Teknisk
assistance*

les i afsnit 4.5. Indebærer rådgivningselementet, at medarbejdere fra licensgivere placeres hos licenstagere, kan det være relevant at indgå aftale om *udstationering* af medarbejdere, se herom afsnit 4.2.j.

Brugspligt

Visse typer af immaterialrettigheder har licensgiver en interesse i at se udnyttet. Dette gælder, hvad enten licensgiver er den originære rettighedshaver eller en licensgiver, som ved aftale har erhvervet retten til at give underlicenser. En sådan interesse kan enten skyldes et *kunstnerisk* ønske om at se værket bragt frem for et publikum, eller der kan være tale om et forretningsmæssigt ønske om at få frembringelsen udbredt på markedet. Se hertil *Runesson*, (2014), s. 96 ff. Men hvis licensafgiften beregnes i forhold til størrelsen af licenstagerens omsætning el.lign., kan brugspligten også være rent kommercielt begrundet, se herom s. 357 f. om vilkår om minimumsomsætning i aftaler om distribution. Vilkår om egentlig brugspligt kræver særlig hjemmel, og den kan følge af aftale eller lov. Lovhjemmel for brugspligt findes f.eks. i OPHL § 54, der pålægger erhververen pligt til at udnytte værket. Pligten sanktioneres aftaleretligt. Således kan ophavsmanden bringe aftalen til ophør med 6 måneders varsel, hvis erhververen ikke har udnyttet værket inden 3 år efter det tidspunkt, hvor aftalen er opfyldt fra ophavsmandens side.

Underlicens

Et særligt spørgsmål er, om licenstagere skal have ret til at give en licens i underlicens, dvs. lade en anden end sig selv udføre de licenserede handlinger. Hovedreglen er her, at en underlicens fra licenstagere til tredjemand kræver licensgivers *samtykke*. OPHL § 56, stk. 2, afskærer videreoverdragelse af en ophavsret, “medmindre videreoverdragelsen er sædvanlig eller åbenbart forudsat”. Patentlovens § 43 indeholder et generelt forbud mod videreoverdragelse af en licens, “medmindre andet måtte være aftalt”. En licens om erhvervshemmeligheder kan i sagens natur ikke overføres til andre, da dette ville forudsætte en eksponering af hemmeligheden, der kræver indehaverens samtykke. Angår licensen et varemærke, vil licensgiver ofte have sådanne forudsætninger om varemærkelicenstagerens udnyttelse, at formodningen også her vil være for, at licenstagere ikke kan sætte andre i sit sted.

Aftalerelationen

Aftaler om underlicens rejser samme konciperingsproblemer som andre licensaftaler. Et særligt problem er her underlicensgivers (den oprindelige licenstagere) pligter over for hovedlicens-

giver. Som altovervejende hovedregel må underlicensaftalen respektere de begrænsninger, der gælder i henhold til hovedlicensaftalen. Underlicensgiver bør derfor også bære risikoen for den misligholdelse, der skyldes underlicenstageren, f.eks. ved licenstagerens manglende (videre-)betaling af licensafgift. Problemstillingen har også en omvendt side. Hvis underlicensgiver misligholder sine forpligtelser over for hovedlicensgiver, kan denne tænkes at iværksætte misligholdelsessanktioner, der vil få betydning for underlicenstager, f.eks. hæve aftalen med heraf følgende ophør af licensen. Denne risiko kan elimineres, hvis underlicenstageren indgår særskilt aftale med hovedlicensgiveren, eller hvis hovedlicensgiveren pålægges at give underlicenstageren mulighed for at redressere underlicensgiverens misligholdelse. Se i det hele hertil *Domeij* (2010), s.329 ff.

I licenstransaktioner spiller kvalitet og *branding* en rolle for begge parter. Er den licenserede rettighed forbundet med licensgiverens person eller virksomhed, har *licenstager* en særlig interesse i, at licensgiveren ikke optræder på en måde, der skaber uberettigede forventninger i omverdenen, herunder på relevante markeder. Omvendt kan *licensgiver* nære et ønske om, at licenstager optræder som en værdig *ambassadør* for hans teknologi eller – mere praktisk – hans navn og varemærke, jf. nærmere bemærkningerne s. 361 f. med henvisning til *U 2005.2408 H*, *U 2009.2180 H*, *U 2005.2408 H* og *U 1990.748 H*. Licensgivers interesse i at modvirke *badwill* forårsaget af licenstager kan f.eks. udmønte sig i krav til licenstagerens markedsføring og til kvaliteten af hans produktion. Begge hensyn kan varetages gennem vilkår om, at der i licensproduktionen kun må benyttes bestemte materialer, at markedsføringen skal ske under bestemte godkendte former, eller at licenstager i øvrigt skal underkaste sig kvalitetskontrol mv., jf. nærmere *Jørgen Hansen* (1981), s. 80 ff., og om kvalitetssikring mv. *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.2.b.

Kvalitetssikring har navnlig betydning for *varemærkelicenser*. Her forpligter licenstageren sig ofte til at sikre varemærkets *brand* ved sin markedsføring af produktet og ved at sikre de licenserede produkters kvalitet. Ved art. 8 i ICC's *Model International Trademark License* (2008) garanterer licenstager, at den licenserede produktion er i overensstemmelse med de prototyper, licensgiver har godkendt. Derudover pålægger art. 9 licensgiver en pligt til

*Kvalitetssikring
og goodwill*

– *varemærke-
licenser*

at holde licenstagere underrettet om sine “*corporate image strategies*”, så licenstagere kan indrette sine markedsføringshandlinger i overensstemmelse hermed. Licenstagere skal i alle tilfælde forelægge sit markedsføringsmateriale til godkendelse hos licensgiver. I disse henseender har licensaftaler betydelige lighedspunkter med aftaler om distribution.

– ophavsretlige
licenser

For ophavsretlige licenser består der et særligt problem vedrørende de *ideelle rettigheder*, der hjemles ved OPHL § 3, herunder navnlig bestemmelsens stk. 2, hvorefter ophavsmanden har krav på at blive *navngivet* i overensstemmelse med, hvad “god skik” kræver, såvel på eksemplarer af værket, som når dette gøres tilgængeligt for almenheden. Denne ret kan ophavsmanden fravige. Ophavsmanden har dog ofte en interesse i at fastholde navngivningen for herved at befæste sit navn. Navngivning anvendes undertiden også i relation til frembringelser, der *uden* at være ophavsretligt beskyttede dog udtrykker en rettighedshavers kreative indsats, f.eks. figurmærker, visse designs, patenter og brugsmodeller.

Videreudvikling

Det hænder, at licenstagere under arbejdet med den licenserede produktion, *forbedrer eller udvikler* den. Modifikationer og tilpasninger kan f.eks. være nødvendige for at kunne udnytte teknologien under lokale forhold eller i kombination med licenstagerens egen teknologi. En sådan videreudvikling kan indebære, at aftaleforholdet får elementer af *forskning og udvikling* i sig, og det bør da også indbygge mekanismer fra FoU-aftaler, se herom i afsnit 7.6.a. I så fald kan der opstå et immaterialretligt *sameje* til sådanne forbedringer mv., se hertil s. 435 f. I andre tilfælde bør aftalen sikre licensgiveren mulighed for at opnå licens på licenstagerens videreudvikling.

Grant back

Licensgiverens mulighed for at opnå licens på licenstagerens videreudvikling kan for det første sikres med en *grant back*-klausul. Den kan gå ud på *enten*, at licenstagere tilbagefører alle rettigheder til sin forbedring til licensgiveren, således at der sker en fuldstændig immaterialretsoverdragelse, men med ret for licenstagere til fortsat at benytte forbedringen *eller*, at licenstagere giver licensgiveren en ikke-eksklusiv licens til sine forbedringer. Se hertil *Runesson* (2014), s. 51 ff., og *Domeij* (2010), s. 198 ff. Vilkår herom kan være nærliggende, hvis der er tale om et langvarigt og indgående samarbejdsforhold, hvor begge parter forventes at

udvikle teknologien. *Grant back*-klausulen kan forbindes med en betalingsregel, eller der kan indbygges en regel om genforhandling, så spørgsmålet om vederlæggelse først tages op til behandling, når den nye teknologi er udviklet. Se om koncipering af genforhandlingsklausuler *Praktisk aftaleret*, afsnit 7.5.b. Gennem en klausul om *cross licensing* lover begge parter at stille denne teknologi til rådighed for hinanden uden pligt til at svare vederlag herfor. Se nærmere herom *Jørgen Hansen* (1981), s. 109 ff.

En anden mulighed kan være at *forbyde* licenstagere at udføre forskning i den licenserede teknologi. Et sådant forbud kan begrundes med, at licenstagere dermed kan opnå en teknologisk indsigt, der kan misbruges til skade for licensgiveren enten under licensforholdets beståen eller efter dets ophør (som jo herved kan fremskyndes!). Alt efter retsforholdets og parternes karakter kan et sådan forbud rumme konkurrenceskadelige virkninger, som kan medføre indgreb efter konkurrenceretlige regler.

En licensaftale vil ofte involvere brug af information, der ved fejl kan føre til skader og tab. Indgår informationen i en professionel rådgivning, gælder de almindelige erstatningsretlige regler (om professionsansvar mv.). Har licensgiveren (f.eks. en designer) medvirket til formgivningen af det produkt, der senere viser sig at være defekt, kan der kun blive tale om et objektivt erstatningsansvar i medfør af produktansvarsloven, hvis designeren (som anført i lovens § 3) har “forarbejdet” produktet eller delproduktet, hvilket typisk ikke vil være tilfældet, jf. om denne afgrænsning *Runesson* (2014), s. 242 f. En patenteret *produktionsmetode* falder også uden for dette begreb. Et erstatningsansvar for licensgiveren kan muligvis komme på tale, hvis licensgiveren har stillet krav om, at licenstagere skal anvende bestemte materialer i den produktionsproces, der fører til det defekte produkt. Det objektive ansvar over for skadelidte i medfør af produktansvarslovens § 4, stk. 1, kan i øvrigt ikke fraskrives, jf. § 12, jf. § 11, stk. 3. En aftaleregulering må derfor først og fremmest fastlægge, hvem af parterne der skal forsikre sig.

Forbud

Erstatningsansvar

7.4.h. Licensaftaler i udviklingslande

Licenstransaktioner i udviklingslande bevæger sig ofte i et retspolitisk spændingsfelt mellem klodens rige og fattige nationer. Sådanne spændinger viser sig bl.a. i de handelspolitiske diskus-

sioner, der løbende føres i WTO-regi om, hvorvidt udviklingslande bør respektere de industrialiserede landes immaterialretlige beskyttelse. Diskussioner har bl.a. ført til TRIPS-protokollen til WTO-aftalerne (“Trade Related Intellectual Property Rights”), og den manifesterer sig i en række andre reguleringsinitiativer, hvoraf reglerne i art. 39 om erhvervshemmeligheder nok har størst praktisk betydning, fordi denne bestemmelse er den eneste moderne, internationale regulering af erhvervshemmelighedsbeskyttelsen. Se herom ovenfor s. 403 og om de retspolitiske udfordringer på dette område *Jørgen Blomqvist* i U 2016B, s. 166 ff.

Når man indgår licensaftaler med virksomheder domicileret i udviklingslande, vil sådanne spørgsmål uvilkårligt dukke op – enten som usikkerheder om, hvorvidt der består nogen immaterialretlig beskyttelse (juridisk eller i den faktiske håndhævelse) eller som aftaleretlige overvejelser om, hvorvidt den vestlige licensgiver overhovedet er parat til at påtage sig de risici af retlig, håndhævelsesmæssig og økonomisk art, der kan være forbundet med at skulle sikre aftaleopfyldelse i sådanne jurisdiktioner. Disse risici, samt risikoen for at blive mødt af uberettigede krav fra lokale myndigheder, der ikke følger nordiske hæderlighedsstandarder, kan i nogen grad elimineres, hvis man tilrettelægger den lokale udnyttelse af sine retsbeskyttede teknologier og brands i regi af et internationalt *joint venture*, jf. nærmere herom i afsnit 2.7.d.

7.5. Ophavsretlige udgivelsesaftaler

7.5.a. Kendetegn

Den aftale, der giver en udgiver hjemmel til at bringe et kunstnerisk eller litterært værk ud på markedet, er i bund og grund en licensaftale, fordi udgiveren støtter sin råden over værket (i form af *eksemplar fremstilling* af værket og ved, at dette gøres tilgængeligt for almenheden, f.eks. i den frie handel) på en immaterialretlig retsposition. Men på flere centrale punkter adskiller de ophavsretlige udgivelsesaftaler sig fra licensaftalerne.

For det første rummer de eneretspositioner, OPHL hjemler for litterære og kunstneriske værker, et ganske vidtrækkende spektrum af udnyttelsesmuligheder. Værket kan ikke alene *udgives* på forskellige medier – transmitteres, udsendes, kopieres – det kan alt efter mediets beskaffenhed *bearbejdes* til vidt forskellige formål.

Værket

Dertil kommer, at en række udnyttelsesformer ligger i hænderne på kollektive forvaltningsorganisationer, som enten i kraft af regler om aftalelicens eller tvangslicens (se herved s. 428 f.) har et mandat til at disponere over værket i stedet for ophavsmanden. Den ophavsretlige udgivelsesaftale må derfor respektere de ordninger, der er opbygget om sådanne udnyttelsesformer. Det betyder i praksis, at koncipisten må sikre sig, at den licenserede ret over værket ikke allerede ligger i hænderne på en forvaltningsorganisation, f.eks. Copydan, Gramex, Koda eller NCB.

Et andet kendetegn ved den ophavsretlige udgivelsesaftale består i, at rettighedshaveren ikke nødvendigvis er fortrolig med forretningsmæssige forhold. Ofte vil han på aftaletidspunktet være mere interesseret i den kunstneriske anseelse ved at få udgivet sit værk end i indtægterne herfra. Dermed opstår en form for inkompatibilitet mellem parterne, der i højere grad end f.eks. parter i industrielle licensaftaler ser i hver sin retning. Denne problemstilling har været medvirkende årsag til de særlige fortolkningsregler, der gælder for de ophavsretlige udgivelsesaftaler, jf. ovenfor s. 415 f. om OPHL § 53, stk. 3.

Et tredje kendetegn handler om den proces, der frembringer værket. Den vil ofte bero på vanskeligt kontrollerbare faktorer. Visse værker skal frembringes fra grunden. Andre skal færdiggøres kunstnerisk og tilrettelægges teknisk. I begge tilfælde skal der træffes en lang række beslutninger i det efterfølgende forløb, hvis kvalitet beror på forhold som inspiration og kreativitet. Sådanne forhold er det i sagens natur vanskeligt at aftaleregulere.

Retspositionen

Udgivelsen

7.5.b. Almene reguleringsområder

Som det gælder for andre typer af enerettigheder må en ophavsretlig udgivelsesaftale forholde sig til det fulde spektrum af ophavsretlige retsfølger, dvs. såvel de økonomiske som de ideelle rettigheder.

I relation til de ideelle rettigheder bør aftalen tage stilling til, hvordan ophavsmanden skal *krediteres*, dvs. hvordan hans navn skal angives på værket eller ved dets udgivelse mv. Problemer herom opstår navnlig, hvis der er flere rettighedshavere på banen. Skal de angives på titelblad, i kolofon, i programmer, i filmens fortekster etc.? Skal angivelsen ske i alfabetisk rækkefølge eller efter deres formodede skabende indsats eller almindelige “navn”?

*Ideelle
rettigheder*

Og skal en medvirker overhovedet fremstå som sådan? Dette sidste spørgsmål har ikke blot ideel karakter, men kan få betydning for tildeling af vederlag, der tilkommer kunstneren hos de ophavsretlige forvaltningsselskaber eller fra offentlige kasser (f.eks. biblioteksafgift).

Eksisterende værker

Angår aftalen et eksisterende værk, vil der typisk foreligge en håndgribelig genstand at overdrage, f.eks. et manuskript, som rettighedshaveren har forelagt udgiveren, og som aftalen dermed kan henvise til. Dette kan evt. ske med henvisning til en overdragelseshandling, som allerede har fundet sted (“Manuskriptet til romanen X, således som den blev afleveret på forlaget den ...”). Tilsvarende kan et kunstværk præciseres med et fotografisk bilag.

Fremtidige værker

Vanskeligere er det at håndtere aftaler om fremtidige værker. Man kender først værket, efterhånden som det tager form under den kreative proces. Derfor kan der opstå tvivl om kravene til det færdige resultat. Hvem skal her have det sidste ord (i filmsproget “*final cut*”)? Svaret beror både på ideelle opfattelser (er det kunstneren eller produktionsselskabet, som reelt frembringer værket?) og på økonomiske. Er der mange penge på spil og mange investorer involveret, vil producenten som regel ønske *final cut*. I mindre, offentligt støttede, filmproduktioner vil hovedinstruktøren få det. I Danmark er der nærmest tradition for en gensidig vetoret for bøger og musikindspilninger, hvorefter værket først udgives, når såvel producent/forlag som kunstner/forfatter er enige.

Sekundær udnyttelse

Et særligt spørgsmål angår som sagt de sekundære udnyttelsesformer. Når de licenseres gennem ophavsretlige forvaltningsselskaber (se hertil afsnit 7.4.c.) er det almindeligt at henvise til den fordeling, der sker herigennem. I så fald sker den økonomiske fordeling under en “parlamentarisk” kontrol udøvet af de repræsentanter for producent-, forlags- og udgiverinteresser, der har sæde i forvaltningsselskabernes bestyrelser.

7.5.c. Forlagsaftalen

Kendetegn

En forlagsaftale går ud på, at forfatteren til et kunstnerisk eller literært værk overdrager et forlag retten til at fremstille eksemplarer af værket og markedsføre dem. Man sonderer mellem bogforlag og musikforlag. Hvor *bogforlag* udgiver bøger (traditionelt på papir, men i stigende grad elektronisk), udgiver musikforlag nodemateriale. Derudover påtager et *musikforlag* sig (i et vist omfang) at

bistå komponisten med at få værket opført. Den sidstnævnte opgave spiller i dag en større rolle inden for det klassiske musikrepertoire end i moderne populærmusik, hvor musikforlagenes indsats ofte har givet anledning til skepsis fra komponistside. Forlagsaftalen er historisk set den første ophavsretlige udnyttelsesaftale. Derfor har den fra gammel tid været underlagt en detaljeret særregulering i den ophavsretlige lovgivning. Med 1995-ophavsretsloven udgik det kapitel, der tidligere særskilt regulerede forlagsaftalen, af loven. Nu gælder de almindelige regler om ophavsrettens overgang til andre, jf. lovens kapitel 3. Forlagsaftalens retsforhold er beskrevet af *J. Hartvig Jacobsen: Forlagsretten* (1951) og af *Jan Rosén* (2006), s. 217 ff. Se om musikforlagsaftaler *Schlüter m.fl.* (2006), s. 138 ff. og 228 ff. (med paradigme).

Som det gælder for andre transaktioner, der danner grundlag for udnyttelse af immaterialrettigheder, beror økonomien i en forlagsaftale på salgbarheden af det færdige værk, målt i både *volumen* (oplag) og *vederlag* (salgspris). Med de digitale udnyttelsesformer, internettet har skabt (f.eks. via forskellige former for *streaming* og *download* af musikværker, se herom s. 463 f. og 466), er det let at nå et stort publikum, der ikke nødvendigvis *betaler* for værksudnyttelsen efter klassiske principper (dvs. efter forbrug eller eksemplar fremstilling). Af samme grund har det været vanskeligt at “vænne” markedet til at betale den pris for det rettighedsbelagte indhold i disse medier, der matcher “den analoge verden” for papirbøger og cd’er mv. Denne effekt har man også mærket på musikområdet, hvor salget af musik på cd-mediet i dag stort set er ikke eksisterende på grund af den stigende brug af musik fra netjenester, herunder ikke mindst med sigte på mobile platforme (især mobiltelefoni og tablets).

Den forretningsmæssige udfordring består her i på en gang at finde et stort publikum og sikre en betalingsstrøm. Denne udfordring er endnu ikke løst af bogforlagene, som i disse år forsøger at afprøve forskellige forretningsmodeller, hvor bøger i digitalt format (såkaldte e-bøger) sælges i forskellige dataformater, til brug for forskellige teknologiske platforme og med forskellige typer af betalingsstrukturer (betaling pr. eksemplar fremstilling, henholdsvis i abonnement). Der har der endnu ikke udviklet sig nogen indarbejdet standard for e-bøger og heller ingen udbredt og accepteret forretningsmodel.

Økonomi

Almindeligvis fordeles risikoen for værkets salgbarhed mellem forfatter og forlag, således at forlaget betaler royalty til forfatteren i forhold til bogens omsætning. I enkelte tilfælde (herunder speciallitteratur, der på forhånd må formodes kun at udkomme i små oplag) baseres transaktionen på tilskud udefra (fonde, offentlig støtte). I så fald afstår forfatteren typisk fra at modtage honorar, indtil der – ofte mod forventning – senere måtte blive realiseret et overskudsgivende salg. Som i licensaftalen har parterne en fælles interesse i et så stort salg som muligt. Derimod kan de have modsatte interesser i, hvordan *risikoen* for, at salget udebliver, afdækkes, og om, hvilke *foranstaltninger* der skal træffes for at få størst muligt salg.

Aftalepraksis

Danske bogforlag har tidligere ført en ensartet aftalepraksis ved *bogudgivelser*. Den 1. januar 1987 godkendte Dansk Forfatterforening og Den danske Forlæggerforening en normalformular til brug for aftaler om skønlitteratur (romaner, noveller, digtsamlinger og værker, der må ligestilles hermed), erindringer, børne- og ungdomslitteratur samt humor, kriminal- og vækkelleslitteratur. Denne aftale er siden opsagt, hvorfor der p.t. ingen *agreed documents* findes på det skønlitterære område. Forlæggerforeningen og AC's Udvalg til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) har med virkning pr. 1. januar 2010 vedtaget en forlagsaftale om videnskabelige og populærvideenskabelige værker, se <www.ubva.dk>. De fleste bogforlag benytter deres egne standardaftaler, som i større eller mindre omfang indarbejder vilkårene i disse aftaler. På området for *musikudgivelser* forligger ingen tilsvarende standardkontrakter.

Forfatterens præstation

Forfatterens præstation er toledet. Han skal for det første *frembringe* et værk; for det andet skal han tildele sin udgiver de *ophavsretlige beføjelser*, der er nødvendige for at udgive det. I tillæg hertil aftales det ofte, at forfatteren stiller sin person til rådighed for forlagets markedsføring af værket.

Når det gælder værkets frembringelse, er det vanskeligt at indbygge kvalitetskrav i aftalen. Sådanne krav må imidlertid vedtages, hvis udgiverne vil forbeholde sig retten til at afvise værket, sml. situationen i *U 2010.2487 H*, hvor en filminstruktørs arbejde ikke ansås behæftet med mangler eller fejl, der berettigede producenten til delvis at tilbageholde honoraret. Heri ligger en væsentlig konciperingsmæssig udfordring. Nor-

mer for smag og stil omsættes ikke let til juridisk forpligtende dokumenter, se herved *Viggo Hagstrøm* i Festskrift til Mogens Koktvedgaard (2003), s. 247 ff., om den analoge problemstilling i forbindelse med aftaleforholdet mellem den, der bestiller en kunstnerisk udsmykningsopgave, og kunstneren. Ikke desto mindre har udgiveren en velbegrundet interesse i at sikre, at værket opnår en sådan lødighed og kvalitet, at det kan forventes solgt. Salgbarhed er dog ikke i sig selv noget gyldigt kvalitetskriterium. Hensynet til forfatterens anseelse og egenart (sml. OPHL § 3) kan omvendt begrunde, at værket udformes på en måde, der ikke i sig selv appellerer til publikum.

Der er ingen enkel løsning på det dilemma. Forfatteren kan ikke tvinge forlæggeren til at *udgive* et værk, som forlæggeren ikke “tror på”. Omvendt bør forlæggeren heller ikke kunne tvinge forfatteren til at *ændre* sit værk på en måde, forfatteren ikke kan stå inde for. Spørgsmål af denne art bør løses med risikoregler, f.eks. ved at forfatteren honoreres proportionalt for udført arbejde, dog således at honoraret for dette maksimalt svarer til den aftalte garantisum. En vis inspiration til en sådan regulering finder man i de principper for ændringshåndtering, der bl.a. benyttes i aftaler om entrepris og it-udvikling, se hertil afsnit 5.1.f.

Foruden selve frembringelsen af værket kan det være aftalt, at forfatteren skal yde bistand ved dets endelige tilrettelæggelse (udvælgelse af *billedmateriale* og udarbejdelse af *registre*) samt ved den efterfølgende markedsføring. Bistand ved *korrekturlæsning* hører normalt til forfatterens primære ydelse, idet det ofte vil være aftalt, at forlaget sørger for en ekstern korrekturlæsning.

Det kan volde tvivl, hvilke rettigheder der er “nødvendige” til udgivelse af et værk. Efter dansk aftalepraksis overdrager forfatteren kun selve *forlagsretten* til forlaget, dvs. de ophavsretlige beføjelser, der er nødvendige for at gennemføre en forlagsmæssig udnyttelse (eksemplarfremstilling, salg og markedsføring) ved trykte oplag. Romanforfatteren giver f.eks. ikke sit forlag retten til at indspille romanen på film. Denne praksis har en sund økonomisk begrundelse. Bogforlag satser primært på bogproduktion. At give et bogforlag rettigheder til andet kan lægge en “død hånd” over værket, fordi forlaget ingen praktisk mulighed har for at nyttiggøre disse rettigheder. Alligevel er der

Anden bistand

*Rettigheds-
overgangen*

behov for at regulere andre udnyttelsesformer. Selvom forlæggeren ikke satser på at udsende værket i tidsskriftsform, kan det underminere forlagsudgaven, at forfatteren udsender værket i dele som tidsskriftsartikler eller i øvrigt på medier, der dækker et surrogatmarked (f.eks. film eller databaseanvendelse). Er der indgået aftale herom, vil det normalt være aftalt – og ellers typisk forudsat – at forfatteren ikke kan konkurrere med den udgivne papirbog ved selv at udgive sit værk på digitale medier. Spørgsmålet er vanskeligt og er ikke reguleret ved reglerne i OPHL kap. 3 om ophavsrettens overgang til andre, jf. bemærkningerne s. 415 f.

Genudgivelse

Forfatterens præstation tegner sig anderledes ved værkets *genudgivelse*. Her kender parterne værkets salgbarhed, og dette kendskab giver dem en langt bedre mulighed for at kalkulere vederlaget og fastslå de nærmere vilkår for udnyttelsen. Da det typisk vil være førsteudgavens succes, der begrunder genudgivelsen, aftales det ofte, at forlæggeren i en bestemt periode (f.eks. 5 år) herefter har *option* på at udgive senere, reviderede udgaver. Foreligger en sådan option, kan forfatteren ikke stille andre krav for genudgivelsen end de, der fulgte af aftalen om førsteudgivelsen.

Udgiverens præstation

Udgiveren skal producere og markedsføre bogen. Da de færreste forlag har eget trykkeri, indgår forlaget som regel aftale herom med et trykkeri. Moderne forlagsvirksomhed kan herved siges at gøre brug af en udstrakt produktionsoutsourcing, se herved afsnit 5.2.b. Typisk lægges den enkelte bogproduktion ind i forlagsvirksomhedens almindelige produktionsplan, hvor bogen står i “kø”. For forfatteren kan dette være ensbetydende med, at bogen udkommer senere end ventet. Dette kan berøre ham økonomisk (betalingen eller en del af den udskydes). For faglitteratur kan en senere udgivelse betyde, at bogen ikke fremstår i en fuldt opdateret form. For at undgå skuffelser desangående bør forlagsaftalen regulere spørgsmålet om, hvornår bogen skal være udgivet. En ydergrænse for udgiverens ret til at vente med at udgive værket sættes af OPHL § 54. Grænsen sættes her til 3 år efter det tidspunkt, hvor aftalen er opfyldt fra ophavsmandens side, jf. bemærkningerne herom s. 448. Går der så lang tid (hvilket i dag vil høre til undtagelserne), giver bestemmelsen ophavsmanden ret til at bringe aftalen til ophør med 6 måneders varsel.

Når bogen er produceret, skal den markedsføres. Markedsføring involverer dels annoncering og reklamering, dels den meget vigtige fastsættelse af en pris, der *matcher* markedets købekraft og produktionsomkostningerne. Da prisen influerer på forfatterens honorering, bør aftalen give forfatteren medindflydelse herpå. Ideelt set har parterne sammenfaldende interesser i, at værket markedsføres intensivt, eftersom dette må formodes at udløse et større salg. Men da markedsføringsomkostningerne som regel afholdes af forlaget, falder interesserne ikke helt sammen. Forlaget vil typisk anlægge et forsigtigt skøn, når der skal afholdes markedsføringsomkostninger, og vil navnlig være interesseret i at udnytte “stordriftsfordele” i sin annoncering. En forfatter, der har modtaget sit garantihonorar, vil omvendt være interesseret i, at forlæggeren afholder annonceringsomkostninger netop med henblik på hans bog.

Markedsføring

Kontrolforanstaltninger spiller samme rolle for forlagsaftalen som for andre licensaftaler, jf. *Praktisk aftaleret*, afsnit 6.6.b. Efter den præceptive bestemmelse i OPHL § 57 kan en ophavsmand, hvis vederlag afhænger af erhververens omsætning, salgstal eller lignende, kræve, at der sker afregning mindst én gang om året. Ophavsmanden kan ligeledes kræve, at afregningen ledsages af fyldestgørende oplysninger om de forhold, der har ligget til grund for vederlagsberegningen, jf. stk. 1. Ifølge stk. 2 i samme bestemmelse kan ophavsmanden derudover kræve, at forlagets (“erhververens”) regnskaber, bogføring og lagerbeholdning samt attestationer fra den, som har udnyttet værket, ved den årlige afregning stilles til rådighed for en af ophavsmanden udpeget statsautoriseret eller registreret revisor. Revisoren må oplyse ophavsmanden om den foretagne afregnings rigtighed og om eventuelle uregelmæssigheder. Revisoren har i øvrigt tavshedspligt om alle andre forhold, som denne bliver bekendt med ved gennemgangen. Det må antages, at omkostningerne herved skal afholdes af forfatteren, hvis erklæringen bekræfter opgørelsens rigtighed. Hvis ikke, er det rimeligt at lade forlæggeren betale omkostningen, medmindre afvigelsen er bagatelagtig.

Særlige forpligtelser

Selv om misligholdelse af pligten til at tilvejebringe sådanne revisionsmæssige oplysninger som udgangspunkt må karakteriseres som en

biforpligtelse, vil den mere massive tilsidesættelse kunne begrunde en ophævelse af aftalen. Se herved *U 2011.115 H*, hvor en licenstagers misligholdelse af et krav herom, trods gentagne påkrav, fandtes væsentlig og hævebegrundende.

7.5.d. Indspilningsaftaler

Kendetegn

Ved en indspilningsaftale påtager en musikproducerende virksomhed (ofte kaldet et *pladeselskab* eller musikselskab) sig at *fremstille* et musikalsk produkt (kaldet en *indspilning*), der er skabt af en udøvende kunstner eller et ensemble af udøvende kunstnere (i branchens sprogbrug *artisten*). Ved aftalen *overfører* artisten sine rettigheder over indspilningen (jf. OPHL § 65) til musikselskabet, der *producerer* og *markedsfører* indspilningen i samarbejde med artisten med henblik på *salg*. Musikselskabet finansierer indspilningen og yder både forretningsmæssig og kunstnerisk bistand i den forbindelse. Herudover spiller selskabet en rolle ved indgåelse af musiklicensaftaler, jf. herom s. 467 f., ligesom det efter omstændighederne yder rådgivning til artisten, se hertil s. 247 og 278.

Den digitale teknologi har ændret terminologierne om disse aftaler. Dengang indspilninger primært blev produceret på vinylplader eller cd, betegnedes sådanne aftaler som *pladekontrakter*, og indspilningen betegnedes som et *fonogram* eller (hvis der var flere indspilninger på samme plade eller cd) et *album*. I dag distribueres indspillet musik primært digitalt i form af streamingtjenester og downloads via netforbindelser. Derfor har terminologien ændret sig, så man i stedet for “plader” forstår som indspilninger med enten to numre (singleplader) eller en flerhed af numre (albums) taler om musik og musikprodukter, henholdsvis indspilninger. Med den digitale distribution er den ophavsrettelige regulering af musikudnyttelsen blevet særdeles kompliceret. En stigende del af indtægterne hidrører i dag fra *on demand*-udnyttelser, hvor brugeren henter musikken fra en musiktjeneste og betaler for den pr. download eller på anden måde (f.eks. som led i et abonnement til telekommunikation). Ligeledes spiller indtægterne fra Gramex, jf. OPHL § 68, en stigende rolle for indspilningsaftalens samlede økonomi.

Aftalens genstand

Indspilningen kan enten omfatte artistens egne kompositioner eller tredjemands kompositioner (såkaldte *cover*-indspilninger).

Artistens ydelse er dels den *kunstneriske præstation*, der fikseres ved indspilningen, dels de *ophavsretlige retspositioner*, som artisten overfører til musikselskabet. Derudover forventes artisten, også i egen interesse, at præstere en *personlig tjenesteydelse* ved den efterfølgende lancering, promovning og markedsføring af indspilningen. Det kan ligeledes være aftalt, at artisten skal *medvirke* til *genindspilning*. Musikselskabet leverer dels en *produktion*, dels en *markedsføringsydelse* i det forløb, hvor pladen lanceres og markedsføres.

Sammenlignet med andre ophavsretlige udgivelsesaftaler præges indspilningsaftalen af den forretningsmæssige risiko, som musikselskabet påtager sig ved lanceringen af en ny artist eller relanceringen af en kendt. Der er langt mellem hits, og det er en uløselig del af virksomheden, at mange indspilninger aldrig "hitter". Har pladeselskabet investeret betydelige midler i markedsføring, og viser det sig pludselig, at artisten slår igennem og bliver et verdensnavn, har musikselskabet en naturlig interesse i at udnytte en sådan guldåre optimalt. Derfor vil musikselskabet også ønske at producere efterfølgende indspilninger med artisten på samme vilkår. Dermed får selskabet et incitament til at investere i den markedsføring, der slår artistens navn fast på markedet.

Levetiden for et hit kan være kortvarig, selvom interessen for artisten varer ved. Dette kan give selskabet en interesse i senere at kunne disponere over en indspilning som led i en såkaldt *compilation*, hvor en udgivelse sammensættes af en flerhed af numre fra samme artist eller forskellige artister (f.eks. sammensat over et tema).

Af disse grunde rummer indspilningsaftalen et langt mere langsigtet og forpligtende samarbejde end andre ophavsretlige udgivelsesaftaler. Aftalen indgås typisk for en *årrække*, med *eksklusivitet* for musikselskabet til at udsende artistens samlede produktion og med en erklæret målsætning om inden for denne periode at udgive et bestemt antal indspilninger. Selskabernes udfordringer med musikanvendelsen på digitale net har ført til et ønske om at overtage bredere kategorier af rettigheder gennem såkaldte 360 graders-aftaler, jf. herom s. 278, hvor også kunstnerens koncertindtægter indgår i det samlede økonomiske grundlag for indspilningsaftalen.

Risikoprofilen

Produktionen

Inden musikselskabet indgår aftale med (“*signer*”) en mindre kendt artist, vil artisten typisk have produceret en såkaldt “demo” med et antal indspilninger af musikken. I dag er det både enkelt og billigt at producere kvalitetslyd fra et hjemmestudie, men en demo kan normalt ikke udgives som indspilning. I praksis må der altid igangsættes en egentlig studieproduktion. Til det formål vil pladeselskabet tilknytte en *producer*, som i et af selskabet lejet (eller drevet) *lydstudie* styrer indspilningen.

I samråd med artisten kan det også være relevant at tilknytte et antal studiemusikere, der uden at være “*featured artist*” medvirker mod en fast betaling og på vilkår om, at alle andre rettigheder end dem, der knytter sig til Gramex-vederlaget (se herom nedenfor s. 463) overføres til musikselskabet. De omkostninger, der påløber i den forbindelse, vil stå i forhold til den tekniske og kunstneriske bemanning og antallet af studiedage (der ofte koster ca. 10.000 kr. dagligt). Når indspilningen er færdigproduceret i studiet, vil den blive sendt til en lydæssig efterbehandling, der dels indebærer en stillingtagen til, hvordan de enkelte numre placeres (redigering), dels en nuancering af selve lydbilledet (*mixning* og *mastering*). Det endelige slutprodukt vil herefter ligge til grund for den færdige produktion.

Lancering

Når indspilningen er færdig, tilbagestår dens udgivelse (lancering). Den sker på et tidspunkt, der bestemmes af selskabet ud fra forretningsmæssige hensyn (ferie, højtider, andre udgivelser, turné-aktiviteter etc.). Som nævnt forudsættes artisten at medvirke ved denne lancering, herunder ved udarbejdelsen af det “*artwork*” (i form af reklame- og billedmateriale mv.), som skal indgå i markedsføringen og i musikvideoer mv. Til det brug må artisten tillade, at selskabet bruger hans navn og billede mv. i markedsføringen, se hertil afsnit 4.3.b. Undertiden udgør indtægterne ved *merchandising* (f.eks. t-shirts, plakater, kuglepenne mv.) betydelige beløb. Deltagelse i *promotion* kan bestå i medvirken i tv-shows, interviews og pressemøder mv. I det omfang en sådan deltagelse indebærer særlige *indtægter*, kan der være behov for en økonomisk fordeling af de *omkostninger*, der er forbundet hermed.

Retsgrundlaget

Foruden de almindelige regler om ophavsretlige overdragelser (se ovenfor under 7.3.b.), foreligger der en vis regulering af indspilningsaftalen ved de ophavsretlige regler om tvangslicens for brug af indspilninger (“fonogrammer”) til radio- og fjernsyns-

udsendelser og andre offentlige fremførelser, se OPHL § 68. De udøvende kunstners andel i dette vederlag kan nemlig kun gøres gældende gennem fremstilleren (musikselskabet) eller gennem en af kulturministeren godkendt “fællesorganisation”, som omfatter såvel udøvende kunstnere som fremstillere af lydoptagelser, § 68, stk. 2. I denne forvaltningsorganisation (Gramex) er der etableret et system til opkrævning og fordeling af udøvende kunstners og musikselskabers (“fonogramproducenters”) vederlagskrav for offentlig fremførelse af indspilningerne. Systemet forudsætter, at de udøvende kunstnere ikke overdrager deres vederlagskrav til producenterne, og at vederlaget fra Gramex deles ligeligt mellem kunstnere (herunder studiemusikere) og musikselskaber. De sammenslutninger, der organiserer de udøvende kunstnere, er ligeligt repræsenteret i Gramex.

Der findes ingen veletableret aftalepraksis om musikindspilning herhjemme. Aftalernes indhold præges af de små og store pladeselskaber. De få store og markedsdominerende selskaber (kaldet *majors*) indgår alle i multinationale koncerner. Herudover findes et stort antal ganske små selskaber, der lejlighedsvis opstår og forsvinder. Selve forhandlingen præges af den store forskellighed, der består mellem de enkelte kunstners “salgbarhed” og deraf følgende forhandlingsstyrke. Aftalepraksis er nærmere beskrevet af *Johan Schlüter* m.fl. (2006), s. 89 ff., med paradigme s. 185 ff.

Artisten giver ikke alene pladeselskabet en *eneret* til at udnytte hans indspilninger kommercielt. I dag udgives de fleste indspilninger via netbaserede streaming- og download-tjenester, som er kommet til i løbet af de sidste årtier. Med ukendskabet til, hvordan fremtidens mediebillede vil tegne sig, er det almindeligt at give pladeselskabet ret til at udnytte indspilningen på ethvert digitalt medie, herunder for en sikkerheds skyld også tidligere kendte medier som f.eks. diskette, bånd, cd og musikkassette. Det er også almindeligt at medtage alle kendte digitale medier i rettighedsovergangen, herunder digitale lydbånd (DAT), cd-rom, CDI (Compact Disc Interactive), dvd og *Blue Ray*. I afgrænsningen af den digitale rettighedsoverdragelse ligger fokus på *downloads* (dvs. eksemplar fremstilling) og *streaming* (dvs. direkte fremførelse af musikken i brugssituationen). Retten hertil bør overføres med gyldighed for alle digitale musikformater og alle digitale medier, herunder til mobil- og telekommunikation.

Aftalepraksis

Licensen

– område

Eneretten vil normalt blive overdraget for hele verden. Det forekommer ikke sjældent, at danske kunstnere slår igennem på fjerne markeder (f.eks. i Sydøstasien). Forventningen om måske at opnå en sådan succes udgør en del af den kalkulation (udsigten til den “guldåre”), der motiverer pladeselskabet til at investere i nye artister.

– tid

Ud fra samme overvejelser meddeles eneretten normalt uden tidsbegrænsning. Det er velkendt, at massive hits (f.eks. Beatles-repertoiret) kan blive stående som *evergreens* med et løbende, og formentlig stedsevarende, salg gennem generationer. Pladeselskabet vil derfor ønske at bevare den enkelte indspilning i sit “bagkatalog”, hvor den holdes klar til senere salg. Det kan også aftales, at selskabet alene har retten til indspilningen i en bestemt periode, hvorefter retten går tilbage til artisten, som herefter kan overdrage den til et nyt selskab.

– mekaniske
licenser

Mange pladeproduktioner sker som sagt på grundlag af kompositioner, som artisten ikke selv har frembragt. I det omfang et nordisk materiale er ophavsretligt beskyttet, vil der ofte kunne opnås licens herpå gennem NCB (Nordisk Copyright Bureau) på grundlag af de tariffer, der er fastsat heri. Sådanne “mekaniske licenser” (dvs. tilladelsen til, at kompositionen kan fæstnes på et lydmedie) betales typisk af pladeselskabet til NCB som led i den samlede budgettering af produktionen.

Personlig
medvirken

Artisten forventes at lægge sin personlighed i indspilningen og i den efterfølgende markedsføring og lancering. Derfor har selskabet en grundlæggende interesse at kunne anvende artistens navn og image i markedsføringen. De nærmere beslutninger herom må træffes efter et skøn, hvor den forretningsmæssige hensyntagen til salgsmuligheder står over for artistens ønske om at fremstå med sit eget image.

Eksklusivitet

Artisten vil normalt afskære sig fra uden særskilt samtykke fra selskabet at arbejde for andre musikselskaber. Denne loyalitetsbinding er et naturligt modstykke til musikselskabets satsning. Lanceringen af en ukendt artist rummer betydelige forretningsmæssige risici. De omkostninger, der må afholdes til pladestudie, producer, produktion og markedsføring, hentes langt fra altid hjem. Omvendt er der store penge at tjene for det navn, der slår igennem, ikke blot for den første produktion, men ikke mindst for de næste. Derfor ønsker musikselskaberne typisk en binding

på artisten, der går længere end selskabets binding den anden vej. Dette kan enten ske ved en *option* på artistens næste indspilninger, f.eks. de næste 2-3 *albums*, der alene modsvares af en hensigtserklæring om at "tilstræbe" at producere et bestemt antal indspilninger i aftaleperioden.

Er aftalen indgået med et ensemble eller en gruppe af artister, kan de enkelte medlemmer af gruppen normalt optræde som studiemusikere på andre indspilninger, så længe konkurrencen med den første indspilning ikke trues. Ligeledes tillades radio- og tv-medvirken, der tværtimod markedsfører indspilningen i begge parter interesser.

Hvis artisten optræder i en gruppe, kan der være behov for at tage højde for, at et medlem udtræder af gruppen. Det kan her være hensigtsmæssigt at pålægge det udtrædende medlem at give pladeselskabet meddelelse om sin udtræden, og at forbyde det udtrædende medlem at benytte gruppens navn. En anden variant kan være at indbygge en *option* i aftalen, hvorefter selskabet kan få ret til at indgå de pladekontrakter, gruppens enkelte medlemmer måtte indgå efter en opløsning af gruppen. Denne variant har navnlig betydning, hvis en gruppe består af en flerhed af solister.

Som i andre ophavsretlige udnyttelsesaftaler svares vederlaget for en musikindspilning i form af en *royalty*. Den nærmere fastsættelse af denne royalty er typisk det tema i indspilningsaftalen, der forhandles mest indgående. Foruden det almene spørgsmål om forhandlingsstyrke (hvor meget skal der betales, og hvornår) giver betalingskravene for en indspilningsaftale anledning til en række overvejelser om beregningsgrundlaget. Som anført af *Schlüter* m.fl. (2006), s. 103 ff. anvendes i dag tre forskellige strukturer for betaling af royalty. Efter én model betales royalty fra først solgte eksemplarer, eventuelt efter en *progressiv* skala, der stiger, når indspilningsomkostningerne er dækket. Denne model kendes også fra andre licensaftaler, se herved s. 444. En anden model indebærer, at der først betales royalty, når et givet salgsmål (der også modsvares indspilningsomkostningerne) er nået, idet der også herefter kan være aftalt en yderligere progression ved senere salgsmål. En tredje model indebærer, at artisten og musikselskabet deler nettofortjenesten ved indspilningen efter en delingsnorm, der f.eks. kan være 50/50.

Royalty

Betalings-
grundlag

Også grundlaget for betaling af royalty kan give anledning til forhandling. Undertiden benyttes butikkernes *udsalgspris* (efter en række fradrag) som betalingsgrundlag. Man kan også anvende den såkaldte *PPD-pris* (*published price for dealers*), dvs. den til enhver tid offentliggjorte og dermed faste vejledende salgspris fra lager til forhandler, eksklusiv moms (25 %). Denne pris ligger fast, uanset om selskabet måtte vælge at nedsætte prisen eller ligefrem forære indspilningen væk. En tredje mulighed er at benytte den nettosalgspris (*net retailing selling price*), der realiseres hos musikselskabet. Set fra musikselskabets perspektiv kan denne model begrundes med, at nettosalgsprisen nu engang er den, selskabet modtager. Artistens modargument kan være, at han ingen sikkerhed har for, at selskabet vil søge at få en så høj pris som mulig. En sådan betaling vil f.eks. være følsom for de prisnedsættelser og rabatordninger, som hyppigt forekommer i branchen. Ofte vil aftalen være opbygget således, at der i forskellige faser af pladens levetid gælder forskellige principper for honorering.

Streaming og
downloads

I nyere tid har musikrettighedshaverne indgået en række omfattende aftaler om digital udnyttelse af brede musikrepertoarer via såkaldt streaming og download. Ved *streaming* overføres de enkelte digitale signaler, som får musikken til at spille hos modtageren, løbende under afspilningen. *Download* indebærer, at hele musikværket overføres digitalt og lægges på modtagerens udstyr til senere brug. Hele transaktionen gennemføres digitalt. Derfor har både televirksomheder (f.eks. TDC, Telenor og "3"), it-leverandører (f.eks. Apple) og særlige musik tjenester (f.eks. Spotify) meldt sig på dette marked. Disse nye forretningsmodeller har forskudt de betalingsstrømme, som de medvirkende artister og musikselskaber oppebærer for musikudnyttelsen sammenlignet med tidligere tiders "pladesalg". Forskydningen har bl.a. medført, at selv meget efterspurgte kunstnere (sammenlignet med tiden før den digitale udnyttelse) i dag får en relativt mere beskedne betaling for musikudnyttelsen.

Licensbeløbet

Om licensbeløbets størrelse hersker der ingen almindelig praksis. Artistens navn og dermed salgsudsigterne er altafgørende. Ligeledes er der stor forskel på, hvilke beløb pladeselskabet vil investere i den enkelte indspilning, og dermed på, hvilket *break-even*-punkt (hvor udgifterne er i balance), der skal udgøre grundlaget for den progressive betaling. Tidligere kunne sådanne græn-

ser sættes ved f.eks. 50.000 eller 100.000 solgte albums. Men med de mindre musikindtægter, der realiseres i dag, er tallene betydeligt lavere, måske 5.000 eller 10.000 eksemplarer. Foruden den egentlige licensbetaling kan indspilningsaftalen tage stilling til, hvilke udgifter der kan afholdes i forbindelse med indspilning og turnévirkosomhed.

Store dele af det danske musikrepertoire (herunder navnlig den klassiske musik samt danske produktioner med engelsk tekst) har også et marked i udlandet. Af de talrige danske pladeselskaber indgår kun et fåtal – til gengæld også nogle af de største – i internationale koncerter (*the majors*). Andre selskaber håndterer den internationale distribution ved hjælp af licensaftaler, hvorved det danske repertoire gives i licens til et eller flere udenlandske pladeselskaber. Typisk indgås sådanne licensaftaler for den enkelte indspilning. Licenstagere opnår herved retten til at udnytte indspilningen inden for et nærmere angivet territorium. Disse indspilninger vil da enten fremtræde som samlede *albums* (som da typisk bærer licensgiverens navn) eller som dele af musiksammenstillinger (*compilations*).

Mulighederne for at afsætte en udenlandsk indspilning på et lokalt marked beror på samme forhold som dem, der gør sig gældende ved den oprindelige indspilning. Derfor rejser musiklicensaftalen en del af de problemer, der kendes fra indspilningsaftalen, f.eks. om *release*-tidspunktet, tilskud til turnéaktiviteter og anden markedsføring. Licenseringen har også praktisk betydning for vor musikalske kulturimport, f.eks. ved en oversættelse af danske sange til fremmede sprog. Er der mulighed for udenlandsk salg, bør parterne i fællesskab udpege den udenlandske agent eller producent.

Licensaftalen bør tage stilling til licenstagernes ret til betalinger fra værtslandets forvaltningsorganer (svarende til NCB og Gramex) samt fra dets lokale radiofonier mv. Der kan være mange praktiske grunde til at lade licenstagere optræde som den lokale producent og dermed lade denne oppebære de producentvederlag, der indtjenes ved offentlig fremførelse. Hvis ikke stedets regler sikrer en tilsvarende afregning til de medvirkende kunstnere, kan det være passende at aftale, at producenten skal afgive den andel af modtagne vederlag, der modsvarer de udøvende kunstneres indsats, til kunstnerne. Dette kan enten ske efter en regel

*Musiklicens-
aftaler*

om lighedeling eller efter særlige delingsnormer, der f.eks. tager udgangspunkt i de salgstal, indspilningen indbringer på stedet.

7.6. Andre informationsaftaler

7.6.a. Forsknings- og udviklingsaftaler

Kendetegn

Visse transaktioner har til formål at frembringe ny information. Det gælder både aftaler om it-udvikling og visse rådgiveropdrag. Sådanne kreative processer kan støde på opfyldeshindringer, f.eks. når en delopgave viser sig mere kompliceret end forudsat, når inspirationen ikke er til stede, eller når nøglepersoner finder ny beskæftigelse. Projekterne bliver dermed meget afhængige af den menneskelige faktor. Andre aftaler, hvor denne faktor gør sig gældende, er allerede omtalt i det foregående. Det gælder således rådgivningsaftalen (se afsnit 4.5.) og licensaftalen (se afsnit 7.4.). I det følgende indsnævres blikket herfra og til en transaktion, der målrettet søger at frembringe ny information, de såkaldte forsknings- og udviklingsaftaler (også kaldet FoU-aftaler).

Begrebsparret

Som navnet siger, angår FoU-aftalen forskning og udvikling. Med *forskning* menes en indsats, der afsøger viden inden for et bestemt område. Målet for en forskningsindsats er at be- eller afkræfte hypoteser. Megen forskning bliver ikke banebrydende. Det kan jo være, at forskningsresultatet blot viser, at man *ikke* kan gå den forudsatte vej – hvilket i sig selv kan være nyttig viden, men typisk med et begrænset kommercielt potentiale. *Udvikling* betegner den målrettede proces, der afsøger viden, der kan føre til ny produktionsteknologi. Både forskning og udvikling er ressourcekrævende. Materialer og produktionsanlæg er kostbare, og det samme er den højt kvalificerede arbejdskraft, der skal stå for projektet. Udviklingsarbejdet belastes ofte med de småproblemer, der opstår, når man går fra teori til praksis.

FoU-aftaler indgås inden for stort set alle teknologiske miljøer, både i privat virksomhed (f.eks. inden for it, miljø, energi og sundhed), på højere læreanstalter og i et af vore tre sektorforskningsinstitutioner (som virker i medfør af lov om sektorforskningsinstitutioner, se lovebekendtgørelse nr. 581 af 1. juni 2014). Et af transaktionens særpræg er, at man sigter mod et mål, som ikke nødvendigvis nås. Ydelserne præsteres derfor normalt som *indsatsforpligtelser*, hvor vilkår om *misligholdelse* spiller en mindre

rolle end *opsigelsesreglerne*. Ligesom licensaftaler er FoU-aftaler genstand for en vis bevågenhed fra konkurrencemyndighedernes side. Der findes herom en Kfo. nr. 1217/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af TEUF art. 101, stk. 3, på visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler, se EUT L 335/36. Reglerne heri omtales ikke i det følgende. Se i stedet *Jens Fejø & Grith Skovgaard Ølykke: EU-konkurrenceret – almindelig del (2014)*, s. 163 ff.

På grund af de betydelige omkostninger, der er forbundet med forskning og udvikling, kan flere virksomheder og institutioner mv. ofte med fordel koordinere deres bestræbelser og dermed opnå stordriftsfordele og synergi. I et sådant samarbejde må parterne afgive følsom information til hinanden. Derfor må der indbygges vilkår om hemmeligholdelse, se hertil afsnit 7.2. Begge faktorer indebærer, at den slags aftaler må reguleres tæt – ofte så tæt, at transaktion får præg af et partnerskab mellem de involverede, herom afsnit 2.7. om *joint ventures*.

Der findes en række standardaftaler og vejledninger om FoU-aftaler. *Dansk Industri* udarbejdede i 1992 i samarbejde med advokatfirmaet Bech-Bruun & Trolle (nu Bech-Bruun) en vejledning med titlen “Forsknings- og Udviklingsarbejder – en praktisk vejledning”. Ligeledes har *ORGALIME* udsendt en Guide for drawing up an international development contract, revideret udgave 1999. Denne vejledning henvender sig primært til virksomhedens rådgivere eller i det hele taget til virksomheder med et tættere kendskab til aftaleformen.

Behovet for at aftaleregulere FoU-aftaler beror på, hvor projektet befinder sig i spektret mellem forskning og udvikling. Jo mere usikkert vidensområdet er, desto større risici må parterne tage, og desto større omkostninger kan projektet være forbundet med. Ligeledes kan der være store forskelle i henseende til parternes formål med at indgå en FoU-aftale. I visse tilfælde vil aftalen være et mindre betydningsfuldt appendiks til en eksisterende produktion, i andre selve grundlaget for en virksomhed.

Aftalen må for det første beskrive de FoU-aktiviteter, parterne vil udføre. Ofte vil der ligge et papir, som de kan henvise til, f. eks. en patentansøgning, en projektbeskrivelse, der har dannet grundlag for en tilskudsansøgning, en kravspecifikation eller en

Særlige reguleringsområder

Udviklingsaktiviteten

problembeskrivelse. Parterne må skitsere, hvad de forventer af projektet, f.eks. at skabe grundlag for at forbedre en proces med henblik på at patentere eller publicere resultatet. Det eneste modargument mod en detaljeret beskrivelse ligger i risikoen for, at formuleringen bliver så præcis, at den opfattes som en garanti eller anden resultatforpligtelse. For at undgå denne konsekvens kan man indføje en *disclaimer*, hvorefter den udviklende part ikke garanterer for, at de forventede resultater opnås.

Finansieringen

Parterne må også aftale, hvordan projektet skal *finansieres*. En række FoU-projekter kan høste fordel af offentlige *tilskudsmuligheder*, f.eks. dem, der er tilgængelige i henhold til lov om teknologi og innovation, jf. lovebekendtgørelse nr. 366 af 10. april 2014. Aftalen bør tage stilling til, hvem af parterne der skal søge sådanne midler. Da forskrifterne for ansøgningsproceduren rummer risici for retstrib, bør aftalen fastslå ansvaret for fristoverskridelser eller tilsidesættelse af andre formelle regler. Endelig må der tages stilling til, hvordan opnåede tilskud påvirker overskudsfordelingen mellem parterne. Se hertil *Christian Lundblad og Tina Walldén Laursen: Opstart af innovative virksomheder – venturekapital* (2007), s. 43 ff.

Ofte vil der ligge en finansieringsplan til grund for et FoU-samarbejde. Den vil afstikke de budgetmæssige rammer for projektet og dets varighed og omfang. Sådanne planer må revideres løbende, efterhånden som der opstår nye finansieringsbehov. Men da ingen kender disse behov ved aftaleindgåelsen, vil parterne ofte nøjes med at afgive hensigtserklæringer om, hvorledes de påregner at deltage i projektet. Hvad der på forhånd fremstod som en lovende tese, kan fremstå som et håbløst projekt, når dataene ligger på bordet. Denne mekanisme kendes bl.a. fra interessentskabsaftalen, jf. afsnit 2.3. Det samme gør aftalens regulering af, hvordan *nye deltagere* skal optages i projektet.

Hemmeligholdelse

FoU-aftalen rummer i en række væsentlige henseender elementer af andre kendte aftaletyper. Væsentlig er f.eks. den pligt til *hemmeligholdelse* af eksisterende og opnået viden og know-how, som parterne pålægger hinanden, samt fordelingen af de immaterialrettigheder, der opnås undervejs. Når aftalen indgås, vil hver part råde over information (teknologi), som de har udviklet uden sigte på projektet, men som de påtænker at nyttiggøre heri, og som i givet fald vil være afgørende for deres udnyttelse af

projektets resultater. Denne hidtidige information benævnes typisk *baggrundsinformation*, se nærmere *Askheim* (1983), s. 423 ff. Et væsentligere spørgsmål er, hvem af parterne der skal have retten eller det økonomiske udbytte af de forskningsresultater, der opnås i projektet, undertiden også kaldet *forgrundsinformation*, se hertil *Askheim* (1983), s. 405 ff. Dette spørgsmål må nøje drøftes ud fra en vurdering af, hvilken lod og del de enkelte deltagere i FoU-samarbejdet har i denne information.

Foruden selve den rettmæssige fordeling bør aftalen regulere den fremgangsmåde, parterne skal følge, når de *identificerer* forgrundsinformation. En part, der har gjort en opdagelse eller erkendelse af betydning for projektet, må underrette modparten, uanset om der er tale om forgrunds- eller baggrundsinformation. En sådan underretning gives ved såkaldte “*disclosures*”, dvs. ved møder mellem parterne, hvor der herefter tages stilling til, *hvordan* opdagelsen skal *klassificeres*. Klassificeres oplysningen som forgrundsinformation, må parterne derefter beslutte *rettighedsfordelingen*. Dernæst må det afklares, *om* der skal søges *patent* eller anden retsbeskyttelse, for hvilke *lande* (og i hvilken rækkefølge), hvem der skal afholde *omkostningerne* herved, hvilken *patentrådgi-ver* man skal gøre brug af, hvem der skal stå anført som *opfinder* (henholdsvis *patenthaver*), hvem der skal afholde omkostningerne til at *vedligeholde* patentet, samt hvilke principper der skal lægges til grund for den produktion eller *licenspraksis*, som udnytter den patenterede opfindelse. Herudover bør parterne tage stilling til, hvorledes de vil forholde sig under ansøgningsproceduren og i deres efterfølgende forskning på det patentansøgte område. Resultater drøftelserne i, at der *ikke* skal søges retsbeskyttelse, må parterne tage stilling til, om den fremlagte information skal bevares som en erhvervshemmelighed, eller om hver af parterne uden begrænsninger kan anvende og offentliggøre den.

*Underretnings-
pligt*

7.6.b. Dataekspertaftaler

Ifølge § 27 i persondataloven må der kun overføres personoplysninger til et tredjeland, såfremt dette land “sikrer et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau”. Se nærmere hertil *IT-retten*, afsnit 13.9. Uden for de materielle tilfælde (f.eks. udtrykkeligt samtykke, lovhjemmel mv.), der er udtrykkeligt nævnt i bestemmelsens stk. 1-2, kan Datatilsynet give tilladelse til, at der overføres oplysninger til tred-

Problemstilling

jelande, som ikke opfylder disse krav, såfremt den dataansvarlige yder tilstrækkelige *garantier* for beskyttelse af de registreredes rettigheder. Sådanne garantier kan navnlig fremgå af kontraktbestemmelser, som medfører, at det beskyttelsesniveau, som loven tilsigter at sikre, ikke forringes væsentligt. Ifølge art. 26, stk. 4, og art. 31, stk. 2, i det direktiv, der ligger til grund for bestemmelsen (direktiv 96/46/EF), vil kontraktbestemmelser, som udarbejdes på baggrund af standardkontrakter, som Kommissionen har godkendt, opfylde kravet i bestemmelsen om de fornødne garantier.

Persondataloven vil i 2018 (nærmere bestemt den 25. maj 2018, jf. art. 99) blive afløst af den generelle *databeskyttelsesforordning*, der foreligger som Europa-parlamentets og Rådets forordning (EU) af 27. april 2016 (2016/679) om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse). Forordningens kapitel V (art. 44-50) omhandler overførelse af data til tredjelande eller internationale organisationer og indeholder i det væsentlige samme vilkår som den gældende direktivregulering, herunder om brug af "fornødne garantier", se herved art. 46 i forordningen.

Kendetegn

Som følge af denne regulering vil parterne i et samarbejde, der involverer udveksling af personoplysninger over landegrænser (f.eks. de forskellige datterselskaber i en koncern, der opererer med fælles personaleadministration eller virksomheder, der samarbejder om personforsikring mv.), kunne have behov for at indgå en såkaldt dataeksportaftale herom. Kommissionen har ved sin beslutning 2001/947/EF af 15. juni 2001 offentliggjort et sæt *standardkontraktbestemmelser* til brug herfor, se herved EFT 2001 L 181/19. Ifølge disse bestemmelser garanterer og accepterer dataeksportøren, at hans behandling af de eksporterede personoplysninger har været i overensstemmelse med relevante retsregler, ligesom dataimportøren accepterer og garanterer, at han vil behandle oplysningerne i overensstemmelse med de obligatoriske principper for databeskyttelse, der er indeholdt i et tillæg til aftalen, og at han straks og behørigt vil behandle alle "rimelige forespørgsler" fra dataeksportøren eller de registrerede. 2001-aftalen er ændret ved den alternative aftale, som Kommissionen godkendte den 27. december 2004 med ikrafttræden 1. april

2005, se hertil EUT 2004 L 385/74. Virksomhederne har således en valgmulighed, idet de to kontrakter ikke må kombineres, jf. art. 1(1). Se nærmere hertil *Peter Blume* i U 2005B, s. 145 ff.

7.6.c. Sponsorering

Ordet sponsor kommer af det latinske verbum, “spondere”, der betyder “love” eller “forsikre”. Den, der “sponsorerer” en part eller en aktivitet, markerer dermed at stå bag parten eller aktiviteten. Til gengæld for sin støtte får sponsor del af den *goodwill*, der knytter sig til parten eller aktiviteten. En aftale om sponsorering involverer mindst to parter. Inden for idrætssponsorering optræder dog flere, fordi de sponsorerede aktiviteter berører forskellige organisationer, der hver har deres virke. Visse sponsorer har institutionaliseret sponsoreringsvirksomheden ved at nedfælde retningslinjer herfor. Her finder man f.eks. detaljerede forskrifter om, hvorledes og inden for hvilke aktivitetsområder der kan ansøges om sponsorstøtte, samt hvilke kriterier der kan ventes lagt til grund ved beslutningen herom. En sådan tilrettelæggelse og “bureaukratisering” af sponsoraktiviteten kan være led i en bevidst strategi, f.eks. om at knytte kontakt mellem den lokale *fastfood*-restaurant og det lokale sportsliv. Andre sponsoraftaler indgår mere tilfældigt og har undertiden rent eksperimenterende karakter.

Kendetegn

Sponsoreringsbegrebet anvendes enkelte steder i lovgivningen (se herom straks nedenfor), men har endnu ikke opnået et entydigt indhold. Undertiden anvendes det som betegnelse for en mellemmand, hvis identitet holdes skjult, se f.eks. *U 1989.53 H*, hvor en entreprenør anvendte en “sponsor” som kontaktperson og “pennefører” over for bygherren, og *U 1984.48 H* om den mellemmand, der havde formidlet en udstationeret *sales manager*'s retsforhold til et selskab i Saudi Arabien. Denne forståelse anvendes ikke i det følgende.

Sponsorering er genstand for lovregulering, når den fremtræder som udslag af *reklame*. Her gælder dels de *almindelige* regler i MFL, dels en række *specifikke* regler, der er udformet med sigte på forskellige typer af medier. En særlig rolle spiller her reglerne for den sponsorering, der sker i *radio og tv*. Reglerne findes i kap. 11 lov om radio- og fjernsynsvirksomhed (jf. lovekendtgørelse nr. 255 af 20. marts 2014 med senere ændringer) og i den hertil hørende bekendtgørelse nr. 801 af 21. juni 2013 om reklamer og sponso-

Retsgrundlaget

ring m.v. af programmer i radio, fjernsyn og on demand-audio-visuelle medietjenester samt indgåelse af partnerskaber. Se i det hele hertil *Søren Sandfeld Jakobsen & Sten Schaumburg-Müller: Medieretten*, kapitel 12, og *Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis & Jan Trzaskowski: Markedsføringsretten*, 2. udg. (2011), s. 445 ff.

Branchevedtagelser

Brancemæssigt reguleres sponsoraftalen bl.a. gennem vedtagelser i internationale sportsarrangerende organisationer. Afvikling af tv-transmitterede sportsarrangementet er underlagt nøje krav, der har til formål at opnå eksponering af de varemærker og firmanavne, der fremtræder i og omkring sportsanlæggene og ved logoer i forbindelse med tv-transmissioner. Fordi annoncerne præsterer store penge for denne synliggørelse, forventer de, at der sker en tilsvarende eksponering ved tv-transmissioner. Kravene hertil er typisk udformet i en særlig *manual*, som de tv-stationer, der transmitterer eller sender fra den sponsorerede sportsbegivenhed, skal overholde. Sådanne ønsker om målrettet eksponering kan være vanskelige at bringe i harmoni med de regler, der gælder for den licensfinansierede udsendelsesvirksomhed. I praksis fra Radio- og tv-nævnet findes der talrige eksempler på, hvordan disse grænser skal drages, se <<http://slks.dk/medier/radio-og-tv-naevnet/afgoerelser-og-udtalelser/>>.

“Ambush marketing”

En vis beskyttelse af sponsoraftalen kan formentlig udledes af de regler om *snyltning* mv., der følger af MFL §§ 1, 3 og 5. Disse regler kan værne sponsor mod såkaldt *ambush marketing*, dvs. at nogen ved at foregive at være “opmærksom” mv. søger at udnytte det image, der er knyttet til en aktivitet, der ellers er genstand for sponsorering. Eksempler herpå er bortlodninger, der sker “til fordel for” et hold, eller annoncer, der “gratulerer” en idrætsperson. Selvom der ikke altid vil være tale om vildledninger, der kan rammes af MFL’s regler, forudsætter aftalepraksis, at der skal betales for den slags markedsføringshandling, jf. nærmere *Woxholth* (1993), s. 269 ff.

Visse tilfælde af *ambush marketing* kan forbydes efter almindelige regler. Hertil kræves dog særligt kvalificerede forhold, sml. herved *U 1988.989 H*, hvor en annoncetekst med ordene “Laudrup, Elkjær og Co. lukker Ilva i aften kl. 19.00” ikke fandtes stridende mod hverken almindelige retsgrundsætninger eller med MFL. Danske domstole har derimod vist sig villige til at yde sportsarrangører beskyttelse på alment grundlag for

deres økonomiske interesse i at kunne publicere sportsresultater. Se hertil *U 1943.1063 H* om programmer fra Dansk Bicycle Club og *U 1982.179 H*, der ud fra almindelige retsgrundsætninger fandt, at Danmarks Radio var afskåret fra at bringe oplysninger om forløbet af spillede kampe før efter deres afslutning, fordi sådanne oplysninger kunne have betydning for antallet af tilskuere ved disse kampe og dermed for klubbernes økonomi. I *U 2004.2945 H* om internettjenesten <bold.dk> fandtes denne arrangementsbeskyttelse ikke at kunne udstrækkes til oplysninger, som allerede er gjort tilgængelige på internettet efter aftale med rettighedshaverne. Se nærmere hertil *Henrik Udsen: De informationsretlige grundsatninger* (2009), s. 259 f. 342 f.

Den ene part i sponsoraftalen (den sponsorerede) vil typisk være en person eller en organisation, der befatter sig med en (enkeltstående eller vedvarende) *aktivitet*, der har et publikum. Se f.eks. *U 2014.139 H*, der angik (og gengiver) sponsoraftalerne mellem Saxo Bank/IT Factory og Bjarne Riis' cykelhold. Dette aktivitetskriterium rækker vidt. Derfor er der i princippet ingen grænser for, hvem og hvilke aktiviteter der kan være genstand for sponsoring, jf. *Hanne Christensen* (1992), s. 13, der som et ekstremt tilfælde omtaler sponsorerede retssager. De væsentligste aktiviteter er sportsudøvelse og kulturaktiviteter. Da idrættens udøvere er velorganiserede, er håndtering af sponsormidler sat i system.

Den sponsorerede

Den anden part (sponsor) indgår sponsoraftalen ud fra et ønske om at synliggøre sig selv, sin virksomhed eller sit produkt, over for den personkreds, der er publikum til det sponsorerede aktivitetsområde. For sponsor bæres transaktionen af markedsføringshensyn, men også ikke-økonomiske tiltrækningsfaktorer (f.eks. politiske eller organisationsmæssige) kan have betydning. Sponsor må på et tidligt tidspunkt afklare, om den sponsorerede virksomhed vil påføre sponsor *badwill*. En cigaretvirksomhed vil f.eks. sende et uheldigt signal ved at sponsorere udstyr til et hospitals lungeafdeling. I almindelighed bør sponsoraftalen ikke pålægge den sponsorerede andre begrænsninger i handlefriheden end dem, der følger af den aftalte synliggørelse, suppleret med visse krav om god og loyal opførsel. Består der en risiko for *badwill*, bør denne risiko afklares før aftaleindgåelsen og i givet fald føre til, at man vælger at sponsorere en anden aktivitet.

Sponsor

Retsforholdene vedrørende idrættens sponsoraftaler er genstand for *Geir Wøxholth's* doktorafhandling om Idrættens sponsoraftaler (Oslo, 1993). For dansk ret og med en bredere synsvinkel henvises til *Hanne Christensen: Sponsoraftaler* (1992), *Lars Halgreen: Sportsret* (2000), s. 255 ff., og *Simon Juul Pedersen: Professionelle sportsudøvers retsstilling i kontraktsforhold* (2012), s. 73 ff. I sin lille bog *Sådan får du en sponsor* (1995) har *Niels Gangsted-Rasmussen* fremlagt en række konkrete råd om, hvorledes et sponsorat tilrettelægges, og hvordan kontakten mellem den sponsorerede og sponsor etableres.

Anvendelses- område

I Danmark er der en velfungerende tradition for *kunst- og kultursponsorering*. Dette skyldes primært historiske faktorer samt vor tradition for righoldige kulturstøtteordninger per capita. Men nedskæringerne på de offentlige kulturbudgetter har givet grundlag for en øget sponsoraktivitet på kulturområdet, først og fremmest i relation til enkelte arrangementer (koncerter, operaforestillinger, filmproduktioner mv.). Også *forskningen* sponsoreres løbende – primært efter amerikansk forbillede. Det hænder, at en virksomhed eller en institution stiller de midler til rådighed, der skal til – helt eller delvis – for at oprette en lærestol eller et stipendium. Bevilingen sker ofte med den klausul, at lærestolens indehaver eller stipendiaten anvender navnet på sponsor sammen med sin titel. Grænsen mellem sponsorering og mæcenat kan dog være hårfin. Hvis betalingen sker anonymt, bør transaktionen betragtes som en gave, jf. også *Hanne Christensen* (1992), s. 14.

Kreditering

Alt efter sit indhold kan sponsoraftalen give sponsor ret til at sætte sit navn i forbindelse med den sponsoreredes aktiviteter mod betaling i penge eller naturalydelser. Dette kan ske på mangfoldige måder. *Hanne Christensen* (1992), s. 163 f., omtaler bl.a. *PR-fotos*, bistand ved *presseoptreden* (herunder deltagelse ved pressemøder, bistand ved udarbejdelse af pressemeddelelser, interviews), *reklameydelser* (i kataloger, rum og i omtale af virksomheden), *udstilling, skiltning*, udråb fra *højttalere* (primært under et arrangement), samt ved sponsors ret til selv at anvende den sponsorerede virksomheds navn eller kendetegn.

Planlægning

Et heldigt gennemført sponsorat baseres på et forarbejde, der ofte tilrettelægges sammen med et reklamebureau. Ved denne planlægning må sponsor indkalkulere de betydelige følgeomkostninger, der er forbundet med sponsoraftalen, og som ofte overstiger sponsorbeløbet. Der må lægges en strategi for, hvilke ar-

rangementer, institutioner eller organisationer virksomheden vil støtte, og om disse harmonerer med dens image (*brand* eller “*corporate identity*”). Her har det navnlig betydning, om den personkreds, der interesserer sig for den sponsorerede begivenhed, også må forventes at interessere sig for sponsors produkter.

Betalingen udgør typisk den sponsoreredes hovedinteresse i transaktionen. Herudover vil den sponsorerede ofte også kunne høste en vis goodwill ved at have en sponsor med et respektabelt *brand*. Sponsoraftalen kan lade sin støtte bero på realiserede resultater enten hos den sponsorerede (f.eks. en sportslig sejr) eller hos sponsorvirksomheden (f.eks. en realiseret omsætningsstigning). Dermed kan parterne opnå et direkte interessefællesskab. Jo større beløb der indgår i et sponsorat, desto mere detaljerede pligter vil der indgå i aftalen. En sponsoraftale kan også være helt simpel, måske begrænset til et økonomisk tilskud ydet som gave. “Modydelsen” ved kultursponsorering er måske begrænset til, at sponsor modtager et antal fribilletter.

Betaling

Størrelsen af sponsors betaling (sponsortilskudet, sponsorafgiften, sponsorbetalingen) beror på, hvilken tiltrækningskraft der knytter sig til den sponsorerede aktivitet, samt hvilke forpligtelser den sponsorerede påtager sig over for sponsor. Først når aftaleforholdet er udtømt, kan sponsor konstatere, om sponsoratet har givet nytte. Af samme grund vil der sjældent være noget tab at gøre op, selv om det måtte være godtgjort, at den sponsorerede har misligholdt sine forpligtelser, se *Woxholth* (1993), s. 370.

Aftaler om idrætssponsorering er i vid udstrækning forankret i idrættens organisationer. De forskellige klubber og organisationer pålægger både den professionelle idrætsudøver og amatøridrætsudøveren forskellige typer af retlige bindinger. Og på hvert organisatoriske niveau kan der være forskellige sponsorer: Nogle sponsorerer arrangementet, andre de deltagende klubber, og endnu andre de enkelte sportsudøvere. Derfor er aftalerelationerne ganske komplicerede. Ved idrætssponsorering af transmitterede idrætsbegivenheder kan der optræde op til fem aftalparter (jf. *Woxholth* a.st. s. 1): Idrætsorganisationen (eller en flerhed heraf), sponsor, sportsudøveren, en medievirksomhed og en formidlingsvirksomhed. I relation til de enkelte sportsorganisationer kan man sondre mellem general-, hoved- og grensponsor-aftaler, se hertil *Woxholth* (1993), s. 7. Grænsedragningen beror

Aftalepraksis

på, om sponsor opnår rettigheder til at disponere over alle idrætsudøvere inden for en idrætsgren.

Sponsorformidling

Ved indgåelsen af sponsoraftaler bør det sikres, at den sponsorerede (idrætsudøveren eller klubben) overhovedet har *kompetence* til at indgå aftalen, sml. herved reglerne om reklamering i DBU's spillerkontrakt. *Sponsorformidling* leveres i stigende grad af reklamebureauer og konsulentvirksomheder. Formidleren virker da som *mægler* og udfører de for mæglere typiske opgaver med at bringe parterne sammen og tilrettelægge deres transaktion, se hertil afsnit 6.4.e. om formidling. På europæisk plan er virksomheder, der skaber kontakt mellem sponsor og klient, samlet i European Sponsorship Association, ESA, se <www.sponsorship.org>. ICC vedtog i 1992 et sæt regler for god sponsorskik, der senere er optaget i ICC's Consolidated Code Advertising and Marketing Communication Practice fra 2011, der er oversat til dansk og udgivet af *Peter Møgelvang-Hansen, Thomas Riis, Jan Trzaskowski & Marie Pade Andersen: ICC's kodeks for reklame og markeds kommunikation (2011)*. *Gangsted-Rasmussen (1995)*, s. 69 ff., har fremlagt forslag til aftaleformularer for henholdsvis "Enkel sponsoraftale, sport/fritid", "Større sponsoraftale, sport/fritid", "Aftale om kultursponsorering" og "Aftale om kultursponsorering, formuleret som brev".

Særlige reguleringsområder

Sponsoraftalens familieskab med andre informationsaftaler ses bl.a. ved dens grundlæggende regulering af spørgsmål om territorium, eksklusivitet og retsbeskyttelse. Det giver ikke mening at pålægge et dansk symfoniorkester en global forpligtelse til at eksponere sponsor, hvis der kun er afsætning for sponsors produktion i Danmark. Har orkesteret mulighed for at lade sig sponsorere i forbindelse med koncertarrangementer i udlandet, savner en sådan begrænsning mening. Disse spørgsmål reguleres i hovedsagen efter samme principper som dem, der gælder for licensaftaler og dermed også for afsætningsaftaler.

Eksponeringen

Når sponsoreringstransaktionen baseres på sponsors ønske om at markedsføre sig med den sponsorerede aktivitet, må aftalen regulere, hvordan dette skal ske. Ved sponsorering af et sportsarrangement vil sponsor f.eks. stille krav om, at sportsudøveren bærer sponsors mærke. Består støtten i, at udstyr stilles til rådighed, må aftalen præcisere, om dette udstyr altid skal anvendes. Skal sponsors navn optræde i form af skiltning på beklædning,

må det aftales, om den sponsorerede har særlig pligt til at bære denne beklædning ved særlige lejligheder. Aftalen bør i den forbindelse respektere de regler, der gælder for afviklingen af sportsbegivenheder, der transmitteres i tv, se hertil s. 474. Herudover må det aftales, om og hvordan sponsors navn skal optrykkes i kataloger og brochuremateriale.

Den sponsorerede optræder i en vis forstand som sponsors "ambassadør". Denne rolle begrundes ofte en forventning om at optræde med en vis værdighed. Formålet forspildes, hvis sportsudøveren forklarer sine ringe sportslige resultater med kvaliteten af det sponsorerede udstyr. At skrive den slags krav ind i en aftale skulle dog ikke være nødvendigt. Konciperingsbehovet tegner sig anderledes inden for navnlig *common law*-jurisdiktioner, der ikke som dansk ret betjener sig af en pragmatisk betonet udfyldning af aftaler.

Sponsorering kan være *enkeltstående* eller *længerevarende*. Da de pligter, som den sponsorerede part påtager sig over for *sponsor 1*, kan afskære ham fra at få en ny og mere fordelagtig *sponsor 2* ind i billedet, bør aftalen fikseres et sluttidspunkt, ligesom der må indføres regler om opsigelse. Den kortvarige sponsorering vil typisk angå mindre tilskudsbeløb ydet af ikke-eksklusive sponsorer og rette sig mod specifikke begivenheder (en koncert, opsætning af et teaterstykke el.lign.). I en langvarig sponsoraftale opstår derimod en række af de reguleringsproblemer, vi kender fra licenaftalen. Skal sponsor være *eksklusiv* eller *ikke-eksklusiv*? Hvilke *produkter* må sponsor knytte sit navn til?

Varighed og antal

Navnlig hvis flere sponsorer optræder sammen (såkaldt *joint sponsorship*) må aftaleforholdet tiltrettelægges, så hver enkelt kender de øvrige sponseres rolle. Den enkelte sponsor i et sådant samarbejde vil naturligt helst undgå at skulle optræde side om side med sine konkurrenter. Men ofte vil de enkelte sponsorer kunne supplere hinanden i markedsføringen.

Joint sponsorship

Et væsentligt reguleringsstema i sponsorater, der støtter en særlig *begivenhed*, er parternes retsstilling, hvis denne begivenhed ikke indtræder. Udgangspunktet må være, at støttebeløbet i en sådan situation skal betales tilbage, eftersom der jo ikke er opnået nogen modydelse. Det samme må gælde for en ikke-kommerciel støtte til en begivenhed, som ikke lod sig gennemføre på grundlag af støttebeløbet alene.

Opfyldelses-hindringer

8.1. Franchising

8.1.a. Kendetegn

Kendetegn

En franchiseaftale er en aftale mellem to parter, hvor den ene part (*franchisegiveren*) mod et løbende vederlag stiller et *forretningskoncept* og sin hermed forbundne know-how til rådighed for den anden part (*franchisetageren*), der samtidig modtager rådgivning fra franchisegiveren og underlægger sig franchisegiverens kontrol. Franchisetageren får dermed rådighed over alle de ydre rammer for driften af en *virksomhed*, herunder indretning af lokaler, understøttelse af *branding*, levering af inventar, maskineri og andet udstyr, licenser til varemærker og teknologi og ikke mindst rådgivning. Transaktionen giver dermed *franchisegiveren* mulighed for at ekspandere en succesfuld virksomhed på en måde, hvor risikoen deles med et antal franchisetagere, og den enkelte *franchisetager* mulighed for at etablere selvstændig virksomhed inden for gennemprøvede rammer.

En god indføring i franchisebegrebet findes i *Lars G. Norheims* doktorafhandling *Franchising, avgangsvederlag og agentur* (2003), s. 46 ff. *DCFR IV.E. – 4:101* afgrænser begrebet forholdsvist bredt som “contracts under which one party (the franchisor) grants the other party (the franchisee), in exchange for remuneration, the right to conduct a business (franchise business) within the franchisor’s network for the purposes of supplying certain products on the franchisee’s behalf and in the franchisee’s name, and under which the franchisee has the right and the obligation to use the franchisor’s tradename or trademark or other intellectual property rights, know-how and business method.” Denne begrebsafgrænsning omfatter dog også mange aftaler om distribution. Den amerikansk baserede *International Franchise Association* (IFA, se <www.franchise.org>) definerer franchising mere snævert som et “contractual relationship between the franchisor and franchisee in which the franchisor offers or is obliged to maintain a continuing interest in the business of the franchisee in such

areas as knowhow and training; wherein the franchisee operates under a common trade name, format and/or procedure owned or controlled by the franchisor, and in which the franchisee has or will make a substantial capital investment in his business from his own resources". *Unidroit* har i 1998 udsendt en Guide to International Master Franchise Arrangements. I 2002 har *Unidroit* dernæst vedtaget en *Model Franchise Disclosure Law*, som bl.a. fastslår franchisegivers oplysningspligt før aftaleindgåelsen (art. 6) og knytter præceptive retsvirkninger til, at disse oplysninger ikke meddeles eller er urigtige (art. 8).

For *franchisegiveren* kombinerer transaktionen fordelene ved lokal drift (lokalkendskab, kundetillid mv.) med de fordele, der følger af central vareudvikling, markedsføring og distribution. Hertil kommer værdien af, at franchisetageren som indehaver af virksomheden typisk går til opgaven med en større ildhu, end en ansat leder vil. Fordi franchisetageren er med til at finansiere den butik, produktions- eller servicevirksomhed, der er tale om, kan franchisegiver ekspandere hurtigere, end hvis han selv skulle drive og finansiere den. Omvendt rummer franchising også den *ulempe*, der ligger i risikoen for, at franchisegivers immaterialrettigheder og erhvervshemmeligheder *kompromitteres*. Dertil kommer den kommercielle overvejelse, at franchising kun giver mening, hvis den gennemsnitlige *fortjeneste* på de omhandlede produkter gør det muligt for franchisetageren at optjene en overskudsandel.

For *franchisetageren* ligger *fordelen* først og fremmest i muligheden for at etablere sin egen forretning på grundlag af en forretningsmodel, der har vist sin succes i et kendt kundesegment under franchisegiverens varemærke. Ved at kunne overtage et eksisterende og gennemprøvet forretningskoncept opnår franchisetager en direkte adgang til et marked.

Franchising kombinerer en række af de transaktioner, der er gennemgået i de forrige kapitler.

Omdrejningspunktet for enhver form for franchising er de immaterielle retspositioner (i form af immaterialrettigheder og erhvervshemmeligheder mv.), som franchisegiver på forhånd har oparbejdet. Der indgår dermed et væsentligt element af licensaftale i franchising. Ved franchiseaftalen opnår franchisetageren ret til at benytte disse immaterialrettigheder mv., og herunder navnlig varemærkerettighederne. Franchisetageren møder dermed markedet i ly af franchisegiverens markedsføring, men altid

Formål og funktion

Ingredienser

– licens

i eget navn. Med dette særpræg genfindes en række af de temaer, der aftalereguleres i licensaftaler (herunder om territorium, minimumsomsætning, omsætningsafhængig vederlæggelse mv.) i franchiseaftaler.

– etablering

Man kan også opleve franchising som en etableringstransaktion, nemlig enten som et *partnerskab* (hvor parterne samarbejder om at drive den virksomhed, som franchisetageren skal stå i spidsen for, og hvis afkast de herefter fordeler efter en aftalt delingsnorm), eller som en *virksomhedsoverdragelse* (hvor franchisegiveren som en *aktivoverdragelse* overtager eller rettere “kopierer” den virksomhed, som franchisegiver har opbygget). Slægtskabet med disse transaktioner viser sig bl.a. ved aftaleindgåelsen, hvor franchisegiver ofte vil have udarbejdet et *prospekt*, som forelægges franchisetager til nærmere undersøgelse (*due diligence*). Ligeledes genfinder man nogle af de betalingsmekanismer, der findes i etableringstransaktioner (og som kan have præg af *finansiering*) i franchiseaftaler.

– rådgivning og styring

Fordi franchisevirksomheden forventes udøvet i nøje overensstemmelse med den knowhow, som franchisegiveren har opbygget, indgår der betydelige mængder af rådgivning i franchisetransaktionen. Ofte vil denne rådgivning ikke alene være *konkret*, men også *forpligtende*, fordi franchisetager A af hensyn til markedets produktforventninger er nødt til at drive virksomheden præcis på samme måde som franchisetager B. Som nævnt s. 488 kan denne styring skabe en lydighedspligt, der undertiden kan minde om det tjenesteforhold, der findes i ansættelsesaftaler.

– den underliggende funktion

Men sidst, men ikke mindst, kan franchising beskrives i forhold til dens hovedfunktion, jf. nærmere s. 484. Al franchising har til formål at bringe franchisegivers produkter frem til et marked. I distributionsfranchising er denne funktion særligt iøjnefaldende, fordi produktet allerede er skabt, men den spiller også en rolle i service- og produktionsfranchising, hvor produktet skabes af franchisetageren. Disse underliggende funktioner præger på forskellige måder henholdsvis distributions, service- og produktionsfranchising og træder navnlig frem i aftalens krav til udøvelsen af den underliggende virksomhed.

Afgrænsning mod distribution

Fordi der indgår så mange velkendte elementer fra andre aftaletyper, har aftaler om franchising ingen skarpe konturer over for andre af de aftaler, vi har set på i de foregående kapitler. Navnlig

kan transaktionen være vanskelig at udskille fra visse typer af forhandleraftaler. Navnlig når der stilles bestemte krav til, hvordan forhandleren træder frem som producentens “ambassadør” på markedet (som det f.eks. ofte er tilfældet, når stærkt brandede luksusvarer kun sælges i særskilte butikker mv. og hos nøje kvalitetssikrede forhandlere), kan forhandling minde om franchising. Med definitionen i petitaafsnittet på s. 480 fra *International Franchise Association* er det afgørende kriterium, om franchisegiveren skal “maintain a continuing interest” i franchisevirksomheden. Jo mere *vedvarende* franchisegiveren forventes at gøre det, og jo flere immaterielle rettigheder mv. der ligger til grund for driften af virksomheden, desto mere bærer transaktionen præg af franchising.

De følgende bemærkninger handler udelukkende om den efter danske forhold “typiske” franchisetransaktion, nemlig *systemfranchising* (også kaldet *business format franchising* eller *bedriftsfranchising*). Udenfor falder altså den form for “franchising”, der reelt blot indebærer en ret til at forhandle et produkt inden for et område. I systemfranchising danner franchisegivers forretningskoncept grundlag for franchisetagerens selvstændige virksomhed. Franchisetageren forsynes med alle ingredienser til brug for virksomheden, og der leveres indgående rådgivning og kvalitetssikring fra franchisegiverens side. Samtidig forventes franchisegiver at udvise en *vedvarende* interesse for franchisetagerens virksomhed, jf. bemærkningerne ovenfor og *Arendorff* (1991), s. 18 ff.

Som anført af *Nick Neonakis* (2013), s. 97 ff., kan systemfranchising placere franchisetageren i forskellige roller. I den *ejer-drevne* franchisevirksomhed arbejder franchisetageren i virksomheden på fuld tid. Man kan her sige, at franchiseaftalen reelt skaffer ham et job hos franchisegiveren. Typisk vil det da være aftalt, at franchisegiveren lærer franchisetageren op til at udføre den særlige tjeneste el.lign., der er omfattet af aftalen. I den *ledelsesbaserede* franchiseaftale forudsættes franchisetageren at skulle ansætte et personale, der skal udføre de opgaver, der falder inden for aftalen. Sådanne franchiseforhold vil ofte kræve kapital, men hvis franchisetageren lykkes som leder, kan virksomheden hurtigt give overskud. I en *distribueret* franchisemodel vil franchisetagen skulle styre et antal enheder (f.eks. selvstændige salgsrepræsentanter), der uafhængigt af hinanden udfører arbejdet.

*System-
franchising*

*Franchisetage-
rens rolle*

Ethvert produkt, enhver tjenesteydelse og enhver type virksomhed kan gøres til genstand for franchising. I det ydre forhold kan man sondre mellem forskellige typer af franchisetransaktioner.

*Service-
franchising*

I en *servicefranchise* tilbyder franchisetageren en tjenesteydelse under et bestemt navn eller varemærke. Lige så vidtspændende begrebet tjenesteydelser er, lige så forskelligartede typer af *service franchises* findes der. Eksempler herpå er ejendomsmæglervirksomhed (f.eks. *Home* og *DanBolig*), transportvirksomhed (3 x 34) biludlejning (f.eks. *Hertz*), fitness-centre og hotelvirksomhed (f.eks. *Holiday Inn*). En variant af denne form er *jobfranchising*, hvor franchisetager udfører en snævert defineret opgavevaretagelse, f.eks. tilpasning af nøgler og fodtøj (“hælebarer”).

*Produktions-
franchising*

I en *produktionsfranchise* producerer franchisetageren et bestemt produkt, som franchisetageren *producerer* efter franchisegiverens instruktioner og med henblik på salg under hans varemærke. Det klassiske eksempel herpå er *fastfood*-restaurationsvirksomhed (*McDonalds*, *Burger King*, *Pizza Hut*, etc.).

*Distributions-
franchising*

I en *distributionsfranchise* – som er den mest udbredte form for franchising i Danmark – sælger franchisetageren bestemte produkter fra en forretning, der fremtræder under franchisegiverens navn eller varemærke. Eksempler herpå er butikskæder som *Sportmaster*, *Bennetton* og *Flügger Farver*.

*Indre og ydre
forhold*

For at forstå reguleringsbehovet i en aftale om franchising må man sondre mellem de retlige relationer, der skabes i forholdet mellem *franchisegiver* og *markedet* (hvor der navnlig opstår spørgsmål om, hvordan franchisegiveren sikrer sit *brand* og dermed kundetiltrækningen hos de enkelte franchisetagere), mellem *franchisegiver* og *franchisetager* (hvor hovedspørgsmålet handler om parternes respektive forpligtelser) og i forholdet mellem *franchisetager* og *markedet* (hvor franchisegiver vil søge at sikre sig værdien af sit *brand*, og hvor samarbejdet mellem de enkelte franchisetagere koordineres).

Der er ingen nødvendig sammenhæng mellem, hvilken type varer og tjenester der indgår i et franchisekoncept, og den aftaleretlige regulering. Intensiteten af den styring og kontrol, franchisegiveren underlægger sin franchisetager, vil altid være resultatet af en rent *forretningsmæssig* vurdering, ligesom der er forskellige forretningsmæssige svar på, hvor indgående man skal kvalitets-sikre *brandet*. Dettets slagkraft giver som regel alle involverede et

incitament til at påtage sig en stærk styring og kvalitetssikring for at undgå *badwill*.

Der findes ingen *typiske* parter i en franchiseaftale. De fleste franchiseaftaler indgås mellem en økonomisk stærk franchisegiver og en svagere franchisetager (f.eks. et enkeltmandsfirma eller et helejet anpartsselskab). Franchising er navnlig interessant for virksomheder (franchisetagere), der ikke har forretningsmæssige og finansielle forudsætninger for selv at etablere sig på et marked. Behovet for at beskytte franchisetageren mod uoverlagte dispositioner eller urimelige vilkår varetages netop ved den lovgivning om franchising, der findes i en række lande, jf. herom straks nedenfor.

Som regel, men langt fra altid, udføres franchisetagers virksomhed fra en bestemt lokalitet, som gerne udvælges og kvalitetssikres af franchisetager, jf. herom s. 487 f. Det forekommer dog også, at franchisetagere arbejder mobilt, enten i forbindelse med distributionsfranchise (f.eks. "Hjem-Is") eller ved særlige tjenester (f.eks. slibning mv.). Sådanne former for franchise betegnes undertiden som "*a man and a van*".

Parterne

Stedet

8.1.b. Retsgrundlaget

Der findes ingen regler i dansk ret, der udtrykkeligt fastlægger franchiseaftalens retlige regulering. Nærmest kommer den lov om benzinforhandleraftaler, der kort omtales i afsnit 6.3.e. Det har været diskuteret, om man burde indføre særlige regler om franchising, se hertil *Hørlyck* i U 1990B, s. 49 ff., der rejser spørgsmålet om en fælles lovregulering af de spørgsmål, der reguleres af benzinforhandlerloven og erhvervslejeloven, men herimod *Morten Wegener* i U 1990B, s. 217 ff., der advarer mod sådanne initiativer. Se også *Peter Arendorff*: Franchising i praksis (1991), s. 127.

Generel lovgivning?

Som følge af den manglende lovregulering må franchiseaftalens retsforhold udledes af parternes aftale. I det omfang der skal hentes inspiration i baggrundsretten, og herunder fra retspraksis vedrørende kontraktstyper, må der drages analoger til dem, der har størst lighedspunkter med franchiseaftalen. Som anført s. 481 ff. peger det navnlig på licensaftaler, distributionsaftaler og aftaler om partnerskaber. Se for en redegørelse for baggrundsretten i norsk ret, *Norheim* (2003), s. 105 ff.

Baggrundsretten

Franchising er lovreguleret i en række fremmede retssystemer, herunder i Frankrig og i en række amerikanske delstater, se nærmere herom *Norheim* (2003), s. 58 ff., og på <www.franchise.org>. Den væsentligste regulering i sådanne love består i regler, der pålægger franchisegiveren en oplysningspligt forud for aftaleindgåelsen. Sådanne regler findes også i DCFR, IVE – 4:205. I Sverige har man overvejet at indføre en lignende lovgivning, se Franchiseutredningens betænkning i SOU 1987:17, men det er blevet ved tanken. Da franchisesystemer kan have betydelige konkurrencemæssige konsekvenser, er transaktionen omfattet af den EU-retlige konkurrenceregulering om såkaldt vertikale aftaler med bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder (IE). Se herved pkt. 36 og 43-45 i Kommissionens 2010-meddelelse med retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C 130/01), der uddyber de almindelige regler i gruppefritagelsesforordningen om vertikale aftaler, Kfo. 330/2010. Se hertil *Jens Fejø & Grith Skovgaard Ølykke: EU-konkurrenceret – almindelig del* (2014), s. 272 ff.

Enkelte aspekter

Derimod findes der talrige love, der regulerer de enkelte aspekter af et franchisekoncept.

– *varemærker*

Et af de mest centrale elementer i en franchiseaftale er dens regulering af franchisegiverens kendetegnsrettigheder. Det er i kraft af disse rettigheder, at franchisetageren kan skyde genvej til franchisegiverens marked. Derfor spiller reglerne i den kendetegnsretlige lovgivning, herunder navnlig varemærkeloven, en central rolle. F.eks. indeholder varemærkeloven en intens regulering af de dele af franchisetransaktionen, der har at gøre med udnyttelsen af franchisegivers varemærker. Lovens § 40, stk. 3, giver varemærkeindehaveren (franchisegiver) ret til at nedlægge forbud mod licenstagere (franchisetager) ved overtrædelse af licensaftalens bestemmelser.

– *erhvervsregulering*

Ligeledes tager visse erhvervsreguleringslove højde for den kontrol, der kan tænkes udøvet i et franchiseforhold. Disse bestemmelser søger at modvirke, at en økonomisk aktivitet, som efter loven kun kan udøves af bestemte virksomheder, alligevel udføres i form af franchising.

Når § 22 i ejendomsmæglerloven pålægger ejendomsformidlervirksomheder at synliggøre deres relation til det pengeinstitut, realkreditinstitut

eller forsikringssselskab, som måtte eje eller have væsentlige ejerinteresser heri, gælder denne pligt også for en “leverandør af navn og forskrifter for forretningsgange til en eller flere ejendomsformidlingsvirksomheder”. Ifølge retsplejelovens § 124 må *advokatvirksomhed* kun udøves i enkeltmandsvirksomhed, i et fællesskab af advokater eller af advokatselskaber, der drives i aktie- eller anpartsselskabsform. Af bestemmelsen må udledes et forbud mod visse former for økonomisk samarbejde mellem en advokatvirksomhed og andre former for virksomhed, se hertil *Advokatretten*, s. 312 ff., om sådanne former for multidisciplinære samvirker. Tilsvarende fremgår det af pkt. 16.10 i de af Advokatrådet nedfældede Advokatetiske regler (til anvendelse af Advokatrådet fra 1. november 2015), at en advokat “hverken af kolleger eller andre” må kræve eller modtage honorar, provision eller andet vederlag for at henvise eller anbefale en klient. Reglerne lægger visse grænser for muligheden for at etablere advokatvirksomhed som franchising. Advokatnævnet har taget principiel stilling til dette spørgsmål ved sin kendelse om et samarbejde mellem en advokatvirksomhed og EDC Mæglerne, trykt i Advokaten 6/2003 (kendelser), s. 9 ff.

Lejelovgivningen spiller en vis rolle for franchisetransaktioner, når franchisegiveren har en særlig interesse i at eje de lokaler, som virksomheden drives fra. Lokalerne kan være *valgt* ud fra særlige kriterier (placering, størrelse, udstyr), og de kan dernæst være *indrettet* for franchisegivers regning med sigte på franchisevirksomheden. I sådanne tilfælde vil franchisegiveren have interesse i at kunne *råde* over lokalerne, hvis der skulle opstå en situation, hvor franchisetageren ikke længere driver virksomheden.

– *lejelovgivning*

Selv om franchisetageren i sådanne tilfælde kan siges at “leje” de omhandlede lokaler som led i den samlede transaktion, er det ikke givet, at lejelovgivningen (og herunder i særdeleshed § 13 i erhvervslejeloven) omfatter franchiseaftaler. Gælder disse regler, må franchisegivers ophævelse eller opsigelse af *lejeelementet* af franchiseaftalen overholde reglerne i lejelovgivningen, herunder om erhvervsbeskyttelse. Men det er langt fra sikkert, at disse præceptive regler gælder. Som anført s. 165 f. og 116 f. finder erhvervslejeloven ikke nødvendigvis anvendelse, når brugsretten indgår i en aftale om *finansiel leasing* eller *forpagtning*, fordi disse transaktioner ikke udgør almindelige lejeforhold. Ofte vil også franchisetransaktionen adskille sig sig fra almindelige lejeaftaler. Om erhvervslejeloven finder anvendelse, vil derfor bero på en

helhedsvurdering, hvor man må se på, hvor meget lejeelementet fylder i forhold til de øvrige mere specifikke franchise-elementer, jf. herom s. 116 f. Se hertil *Gangsted-Rasmussen* (2015), s. 263 f. Kan lejeelementet ikke udskilles af transaktionen som en særskilt ydelse, taler meget for, at man er uden for den lejeretlige regulering. Det spiller ligeledes en rolle, om franchiseafgiften væsentligt overstiger den leje, som virksomheder i tilsvarende lejemål betaler. Se også *Arendorff* (1991), s. 133 f.

– ansættelsesret?

Selvom en franchiseaftale, som nævnt s. 482, giver franchisegiver tætte kontrolbeføjelser og skaber en tilsvarende lydighedspligt for franchisetager, vil der som udgangspunkt ikke være tvivl om franchisetagers *selvstændighed*, hvis transaktionen er baseret på dennes egen og uafhængige regnskabsførelse, indskud og afgiftshæftelse mv. Derimod kan en stærk lydighedspligt i kombination med forskellen mellem parternes styrkeforhold tale for at tage særlige hensyn til den svagere franchisetager ved fortolkningen af uklare vilkår og i vurderingen af, om vilkår i franchiseaftalen skal anses som urimelige, jf. AFTL § 36.

Christina Ramberg (2005) antager, at franchisetagerens stilling over for franchisegiveren har sådanne lighedspunkter med en ansats stilling til arbejdsgiveren, at der i “undantagsfall” kan antages at foreligge et ansættelsesforhold. Se tilsvarende *Wegener* U 1990B, s. 229 f. Et sådant resultat bør i almindelighed ikke antages, når der – som forudsat – er tale om relationer mellem selvstændigt virkende erhvervsdrivende, jf. ligeledes *Norheim* (2003), s. 157 ff. Er franchisetager ansat, befinder man sig uden for det klassiske franchisingbegreb. Se den tilsvarende diskussion s. 210 f. med omtale af *U 2001.1011 H*, der nægtede at tilkende en tidligere indehaver af et Carlsberg-depot beskyttelse i medfør af virksomheds-overdragelsesloven, *U 2009.2487 H*, der ikke anså en agentaftale for et lønmodtagerforhold i relation til pligten til at indeholde A-skat, og *U 2007.1731 V*, der ikke anså en plejekontrakt mellem et ægtepar og en kommune om at have barn i aflastning som et ansættelsesforhold. Den typiske mangel på jævnbyrdighed i franchiseaftaler påpeges af Högsta Domstolen i *NJA 1992.290*, der dog (i relation til spørgsmålet om gyldigheden af en voldgiftsvedtagelse) fastholder udgangspunktet om, at der kun er grundlag for aftalecensur i det omfang, aftalen har ligheder med et ansættelsesforhold, eller hvor der er behov for samme beskyttelse som i forbrugerforhold.

Franchisegivers umiddelbare hæftelse over for tredjemand ved franchisetagers dispositioner kan give anledning til tvivl, når franchisetager går konkurs, og franchisegiver viser den konkursramte franchisetagers kundekrav fra sig. I *U 1994.146 Ø* var det aftalt, at franchisetager skulle optræde som selvstændig forhandler. Dette fremgik ikke af de annoncer, franchisetageren anvendte. I en sådan situation fandt retten, at franchisegiveren måtte bære risikoen for den senere insolvente franchisetagers misligholdelse.

Den aftaleretlige hæftelse

8.1.c. Aftalepraksis

Det er ikke let at skaffe kendskab til aftalepraksis på franchiseområdet. Større franchisevirksomheder betragter deres aftaledokumenter som erhvervshemmeligheder, der ikke bør kendes af andre end franchisetagerne og disses nærmeste (og personligt udpegede) rådgivere. Forekomstsøgninger på nettet efter "*franchise agreements*" giver dog (også her) et godt billede af aftalepraksis, i hvert fald i engelsktalende lande. I sin doktorafhandling fra 2003 har *Lars G. Norheim* foretaget en systematisk indsamling af kontraktmateriale, se herved s. 35 ff. ICC har i 2000 udsendt en ICC Model International Franchising Contract.

Kildematerialet

Et vist kendskab kan hentes i domspraksis, se f.eks. *U 1970.451 H*, der gengiver store dele af en franchiselignende aftale mellem en kioskejer og en grossist, og *U 2012.1543 VLK*, der forbød den brug af ansættelseskontrakterne og turlisterne for Hjem-Is-franchisekæden, som en tidligere franchisetager havde anvendt i sin konkurrerende virksomhed. Se også Sø- og Handelsrettens domme af 21. december 2007 i sag H-25-06 og 27. juni 2003 i sag H-132-00 (begge tilgængelige på Karnov Online). Dommen i *U 1994.146 Ø* er tavs om franchiseaftalens indhold. Et mere indgående referat af en nok lidt atypisk franchiseaftale om telemarketing findes i *U 1997.1297 Ø*. I øvrigt gælder det nærmest undtagelsesfrit, at aftaler om franchising, der baserer sig på et meget veludviklet forretningskoncept og en stærk *branding*, vil være underlagt pligt til *hemmeligholdelse*, og at konfliktløsning foregår ved *voldgift*, med heraf følgende begrænset mulighed for offentligheden for at få indblik i disse aftaleforhold. I den sag, Kommissionen rejste mod en større franchisekæde, der drev salg af brudekjoler (*Pronuptia-sagen*, se Kommissionens beslutning af 17. december 1986, optrykt i EFT 1987 L 143/39), gengives store dele af franchiseaftalen mellem Pronuptia de Paris GmbH og en lokal franchisetager. Sagen er omtalt af *Ida Langermann* i *U 1986B*, s. 161 ff. Se også EF-domstolens dom af 28. januar 1986 i sag 161/84 (saml. 353). *Ole*

Simonsen har i *Revision og Regnskabsvæsen* 1991, nr. 8, s. 10 ff., gennemgået enkelte franchiseaftaler. Herudover kan man i litteraturen om franchiseaftaler se aftaleforslag. En god vejledning om koncipering af de enkelte elementer i en franchiseaftale findes i *Unidroit: Guide to international master franchise arrangements* (1998). Se også *Karen Dyekjær-Hansen* i *NJM* 1990 I, s. 387 ff. Som følge af den anmeldelsespligt, der var gældende i medfør af den tidligere konkurrenceclov, er en række franchiseaftaler tilgængelige for almenheden. Betænkning 1231/1993 om omsætning af fast ejendom, gengiver på s. 123 ff. de typiske hovedpunkter i disse aftaler. Det fremgår heraf, at man i disse aftaler har pålagt franchisetagerne en særlig pligt til at anbefale og formidle de realkreditlån, der udbydes fra franchisegivers realkreditinstitut. I enkelte aftaler er franchisetagerne forpligtet til at følge vedtagelser truffet af en kreds af franchisetagere.

Etisk regulering

De nationale og internationale franchiseorganisationer har søgt at indføre standarder for god skik på området ved at udsende etiske regler for indgåelse af franchiseaftaler. I Danmark stiftedes Dansk Franchise Forening i 1984 (<se www.dk-franchise.dk>). Foreningen, der både optager franchisegivere, franchisetagere, rådgivere og interessenter som medlemmer, har bl.a. nedfældet et sæt etiske regler. Foreningen er tilsluttet *European Franchise Federation*, se <www.eff-franchise.com>, hvor man også finder denne forenings European Code of Ethics for Franchising.

8.1.d. Franchisegivers ydelse

Som allerede antydnet fremtræder franchisegiverens ydelse som en kombination af ydelser, som kendes fra andre transaktioner. Denne samlede *franchisepakke* kan angå ethvert forhold vedrørende driften af virksomheden, herunder principper for lokaleindretning, personalepolitik, prissætning, markedsføring, regnskabsførelse, økonomistyring, budgetlægning, afgiftshåndtering, skatteplanlægning, it-anvendelse, annoncering, aftaleindgåelse og kundepleje.

Due diligence

Går man kronologisk til værks, ydes franchisegiverens første bistand ved *vurderingen* af, om det lader sig gøre at drive virksomhed af en franchisetager på et bestemt sted. Denne vurdering vil typisk blive foretaget efter nøje undersøgelser af den slags, der er behandlet generelt i *Praktisk aftaleret*, afsnit 2.2. og specifikt om virksomhedsoverdragelser ovenfor i afsnit 2.8.d. (om *due di-*

ligence). En tilsvarende undersøgelse bør franchisetager i øvrigt anstille, se nærmere *Arendorff* (1991), s. 106 ff.

Næste element af ydelsen præsteres ved etableringen af de *ydre rammer* for franchisetagerens virksomhed. Hvis kunderne forventer at finde virksomheden på en bestemt lokalitet, vil franchisegiver som nævnt ønske at være *ejer* af disse lokaler. Dermed sikrer franchisegiver, at han ved franchiseforholdets ophør kan sætte en anden i dennes sted. Men situationen kan være anderledes, hvis franchisetager blot forventes at befinde sig inden for et område. I så fald kan aftalen helt overlade det til franchisetager at finde frem til passende lokaliteter og indgå lejeaftale herom.

Franchisetransaktionen forudsætter, at den enkelte franchisetager giver sig til kende over for markedet på samme måde som andre franchisetagere. Derfor må den enkelte franchisetager optræde under *identiske forretningskendetegn* som andre franchisetagere. Dernæst må det sikres, at *kvaliteten* af franchisetagerens produkter og forretningsmetoder håndhæves ensartet. For at sikre denne identitet må franchisegiver sikre kontrollen med franchisetagerne. Det er netop denne kvalitetssikring, der undertiden kan bibringe den enkelte franchisetager følelsen af at være "ansat" af franchisegiver, jf. herom s. 488. Men den er afgørende for, at kunderne kan bibeholde en forventning om, at de får samme vare, uanset hvilken franchisetager de handler hos.

Det følger heraf, at franchisetager må påtage sig en række af de *loyalitetssikringer*, vi kender fra visse distributions- og licensaftaler. Navnlig ved systemfranchise har franchisetager en særlig pligt til at optræde som en værdig *ambassadør* for franchisegiver, se hertil s. 362. Da kunden ofte ikke vil vide, at en detailforretning er baseret på franchising, vil *badwill* forårsaget af én franchisetager få umiddelbare skadevirkninger for andre. Pligterne strækkes undertiden så langt, at franchisetager lover udelukkende at markedsføre produkter indkøbt hos franchisegiver eller produceret under hans kvalitetskontrol.

Franchisegiverens krav til den enkelte virksomhed vil almindeligvis være udtrykt i en franchisemanual, der enten via intranet eller i et antal (måske adskillige) ringbind giver svar på de spørgsmål, der opstår i den daglige drift. Blandt de problemstillinger, der typisk vil være omtalt heri, er åbningstider, handelsmønstre, uddannelse af personale, ansættelse af personale samt ansæt-

Ydre rammer

Kvalitetssikring mv.

Loyalitetspligt

Franchise-manual

telsaftaler herfor, jobbeskrivelser, reklame- og markedsføringsanvisninger, forsikrings spørgsmål og standardaftaler ved indkøb mv. Franchisemanualen betragtes som en følsom erhvervshemmelighed, som skal opbevares afsikret, og som kun en begrænset og udtrykkeligt udpeget personkreds har ret til at stifte bekendtskab med. Se nærmere herom *Norheim* (2003), s. 100 ff., og *Arendorff* (1991), s. 72 ff.

Rådgivnings-
elementet

Også i øvrigt må franchisetageren forpligte sig til at følge franchisegivers rådgivning. Franchisegiver skal ikke blande sig i den daglige drift, jf. nærmere nedenfor under 8.1.d. Derfor kan franchisegivers position minde om direktionens forhold til en bestyrelse, men med den væsentlige forskel, at franchisetageren driver sin egen selvstændige virksomhed. Man har også sammenlignet forholdet mellem franchisegiver og franchisetager med forældre/barn-forholdet: I de første år har franchisetager brug for franchisegiver for at få støtte og pleje. Svigtes denne rolle, får det fatale følger. Efterhånden som franchisetager vokser sig større, opstår der en selvstændighedstrang, der udmønter sig i en stadig stigende skepsis over for franchisegiverens dispositioner. Først i den modne voksenalder opstår en forståelse for, at parterne kan have glæde af hinanden. Tanken er bl.a. udtrykt hos *Matusky* (1992), s. xi. og hos *Arendorff* (1991), s. 40.

Markedsføring

Som før nævnt er det en central forretningsmæssig forudsætning for at distribuere et forretningskoncept mv. ved hjælp af franchising, at konceptet i forvejen er kendt og indarbejdet på markedet. Et sådant kendskab opnås ved at levere den ydelse, markedet efterspørger, og ved markedsføringsaktiviteter, der giver markedet kendskab til ydelsen og dens udbydere. Før franchiseaftalens indgåelse vil franchisegiver allerede have markedsført sin forretning, og det vil som regel ligge klart, at franchisegiveren (og ikke franchisetageren) skal vedblive hermed: For det første er en central markedsføring (f.eks. ved reklamer i landsdækkende tv og dagblade) typisk billigere end en lokal og ukoordineret. For det andet vil markedsføringen bero på strategiske valg, der har at gøre med selve det forretningskoncept, franchisegiveren har udviklet.

Immaterielrets-
licenser

Som hermed antydnet vil franchisegiver give franchisetager licens til de immaterielle rettigheder, der giver virksomhedens produktion og markedsføring særlige konkurrencefordele (først og fremmest navne og varemærker, men eventuelt også patenter og

ophavsrettigheder mv.). De nødvendige patent- og varemærkelicenser vil normalt kun blive meddelt med gyldighed inden for et *lokalt afgrænset* område (f.eks. en by, et bestemt kvarter af en by eller en given adresse) og således, at de kun gælder, så længe aftaleforholdet opretholdes.

8.1.e. Franchisetagers ydelse

Franchisetager skal først og fremmest præstere et vederlag for de ydelser, han opnår i transaktionen. Typisk fordeles betalingen, så der dels præsteres en startbetaling (*up front*-betaling), dels en løbende, præstationsafhængig *franchiseafgift*. Begge beløb sammensættes, så de står i forhold til franchisetagers økonomiske interesser og formåen. Startbetalingen kan f.eks. udmåles på grundlag af beregninger over det formodede markedsunderlag. Den løbende betaling kan gøres præstationsafhængig i forhold til opnåede resultater, evt. med et fast minimumsbeløb. Arendorff (1991) finder som tommelfingerregel, at éngangsafgiften ikke bør overstige 10-20 % af de samlede omkostninger ved franchisepakken. Er etableringsudgifterne på 4-500.000 kr., vil en éngangsafgift på 40-80.000 kr. være i overensstemmelse med denne praksis. Ifølge omtalen af *Pronuptia*-sagen udgjorde den præstationsafhængige franchiseafgift 4-5 % af omsætningen ved direkte salg til forbrugere og 10 % af omsætningen ved postordresalg.

Betaling

8.1.f. Særlige reguleringsområder

Som nævnt s. 491 vil den enkelte franchisetager optræde side om side med andre franchisetagere, hvis forhold indirekte får betydning for ham. For det første påvirker franchisetagernes kundebetjening respekten for det samlede koncept. Derfor skaber fejl hos én franchisetager hurtigt *badwill* for de øvrige franchisetagere. For det andet vil den enkelte franchisetager forvente at blive behandlet *på lige fod* med andre franchisetagere i forholdet til franchisegiver. Det gælder både i henseende til franchisetagers frihedsgrader inden for konceptet og i relation til betaling, rabatter mv. For det tredje kan konceptet indebære en håndtering af *kundekrav*, der naturligt må afklares mellem franchisetagere indbyrdes, f.eks. rabatordninger, vedligeholdelsestjenester eller ret til ombytning, der kan gøres gældende mod enhver franchisetager i konceptet.

Koordination

Forhold som disse må *koordineres* af franchisegiver for at undgå skuffelse hos kunderne, mellem franchisetagerne eller mellem franchisetagerne og franchisegiveren. Denne koordination sikrer, at franchisekonceptet fremtræder ensartet, uanset hvilke franchisetagere der er i markedet.

Konkurrenceforbud

Franchisetageren må naturligt afstå fra at konkurrere med franchisegiveren inden for det *marked*, konceptet dækker. Derfor er der altid konkurrenceklausuler i franchiseaftaler, og selv om de ikke skulle være aftalt, vil de være gældende som forudsatte *naturalia negotii*. Sådanne klausuler må også afskære den enkelte franchisetager fra at konkurrere med andre franchisetagere. Problemer herom kan navnlig opstå, når flere franchisetagere driver virksomhed tæt på hinanden. Hvis *franchisetager A* foretager en lokal markedsføringshandling rettet mod kunder, som må formodes ellers at søge mod *franchisetager B's* forretning, kan der opstå vanskeligheder. De kan eventuelt løses gennem en pligt til at koordinere og medfinansiere lokal markedsføring. Sådanne problemer opstår ikke, hvis det er aftalt, at franchisegiver forestår markedsføringen.

Varighed

Franchiseaftalens varighed beror på, hvilken investering parterne forventes at lægge i transaktionen. Ifølge *Arendorff* (1991), s. 121, er den typiske varighed på 5-10 år, men med ret til forlængelse fra franchisetagers side. Jo større beløb, franchisetager skal udrede i startafgift og ved indretning af lokaler mv., desto større vil hans interesse være i en lang uopsigelig, evt. kombineret med et krav om godtgørelse for tabt goodwill ved opsigelse, som vi kender fra den eksklusive distributionsaftale.

Opsigelse

I alle tilfælde må aftalen regulere parternes økonomiske opgør efter en opsigelse. Navnlig i de tilfælde, hvor en opsagt franchisetager kan erstattes af en ny, kan aftalen indbygge nogle af de mekanismer vedrørende optagelse af nye indehavere mv., som vi kender fra interessentskabsaftalen. En *konkurrenceklausul* må sikre franchisegiveren mod, at franchisetageren efter aftalens ophør udnytter sine personlige kunderelationer til at underminere franchisegivers mulighed for at sætte en ny franchisetager ind i den tidligere sted.

Masterfranchising

I visse tilfælde har franchisegiver valgt at distribuere sit koncept i flere niveauer. Ønsker franchisegiver at eksportere sit koncept til et helt nyt territorium (f.eks. et nyt land), vil det normalt ske ved at udpege en *masterfranchisetager*, der herefter får rollen som

franchisegiver over for de *subfranchisetagere*, der skal virke i det nye territorium. Terminologien herom er dog ikke helt skarp, jf. *Norheim* (2003), s. 53 f., og *Arendorff* (1991), s. 148 ff. For franchisegiver rummer subfranchising en risiko for at miste kontrollen med de enkelte subfranchisetagere, som jo nu drives et yderligere led ude i omsætningen. Omvendt har franchisegiver en fordel ved at kunne etablere en effektiv arbejdsfordeling. I stedet for at etablere lokal repræsentation i hvert af de territorier, hvor der udpeges lokale franchisetagere, kan denne opgave overlades til masterfranchisetageren.

Fordi franchising altid forudsætter udveksling af erhvervshemmeligheder, må aftaler herom indeholde klausuler om hemmelighedelse. Sådanne klausuler bør både præcisere de oplysninger, der skal holdes hemmeligt (herunder franchisemanualen), og de personer hos franchisetageren, der har adgang til disse oplysninger. I konsekvens af denne pligt bør aftalen ligeledes indbygge en voldgiftsklausul, så man undgår offentlighed om en retssag.

Hemmeligholdelse og konfliktløsning

8.2. Strategiske alliancer

8.2.a. Karakteristik

Som nærmere udviklet ovenfor i afsnit 2.7. kan også partnerskabslignende samarbejdsformer tænkes at tilgodese parternes økonomiske interesser i en fælles handlemåde, uden at der kommer en ny virksomhed ud af det. I en *joint venture* viderefører deltagerne i en strategisk alliance deres virksomheder uafhængigt af alliancen. Men hvor samarbejdet om en *joint venture* ofte formaliseres ved etablering af et selskab eller gennem en løbende projektstyring, kendetegnes den *strategiske alliance* ved at være uformel og specifik. Begrebet har dog ikke noget fast indhold. I praksis kan det derfor godt tænkes, at et samarbejdsforhold i nogle sammenhænge vil blive betragtet som et *joint venture* og i andre som en strategisk alliance. På it-området, hvor til- og fravalg af forskellige standarder for kommunikation mv. spiller en central rolle, er det f.eks. almindeligt, at konkurrenter indgår alliancer med hinanden (undertiden kaldet "*coopetition*"). Alliancen kan indgås på tværs af traditionelle samarbejdsstrukturer og kan begrænse sig til en del af deltagerens virksomhedsområder.

Det stigende antal strategiske alliancer i den moderne sam-

fundsøkonomi skyldes bl.a. globaliseringen af verdensøkonomien og den teknologiske udvikling. Sælger virksomheden sine produkter på et globalt marked, kan strategiske fejlbeslutninger (f.eks. valg af en teknologisk platform eller standard, som markedet ikke efterspørger) være ødelæggende.

Behovet for at komme *først* ind på et marked og interessen i at *blive* der (uden at skulle lægge produktionen om som følge af nye standardiseringskrav) har spillet en hovedrolle for opbygningen af strategiske alliancer. Dette behov for samarbejde er dog ikke *begrænset* til højteknologi eller internationale produktionsforhold. Talrige lokale virksomheder føler et sådant kvalitetspres fra deres kunder, at deres eneste realistiske chance for at opnå konkurrencedygtighed er gennem strategiske alliancer.

I litteraturen kan man finde talrige eksempler på strategiske alliancer, der har været båret af forskelligartede målsætninger, se *Jordan D. Lewis* (1990) s. 38 ff., s. 65 ff. og navnlig s. 109 ff. Toyota og General Motors indgik f.eks. i en alliance, hvis formål fra Toyotas side var at lære, hvordan man arbejder med amerikanske leverandører og ansatte. GM ønskede derimod at forstå og tilegne sig Toyotas evne til at forbedre kvalitet og sænke omkostninger. Alliancens problem bestod i, at parterne ikke sigtede mod et fælles mål. Det, GM lærte, skulle integreres i et stort antal eksisterende virksomheder. Toyotas formål var realiseret, da man havde uddannet et antal medarbejdere, der herefter kunne integreres i et antal opstartsvirksomheder. I sin oversigtsartikel i RR 1992, nr. 1, s. 27 ff., gennemgår *Søren Hougaard* forskellige typer af strategiske alliancer.

8.2.b. Retlige problemer

Parternes ydelser

Synergien i en strategisk alliance opnås ved, at parterne lover hinanden at handle på en bestemt måde uden i øvrigt at præstere real- eller pengeydelse overfor hinanden. I modsætning til den almindelige, gensidigt bebyrdende aftale, forholder de løfter, der indgår i en strategisk alliance, sig ikke til hinanden som ydelser og modydelse. Alliancen vil ofte omfatte en flerhed af virksomheder, og de afgivne løfter handler mere generelt om, hvordan disse virksomheder finder det hensigtsmæssigt at agere på et marked, f.eks. ved at overholde en *teknisk standard*, ved at opdele et *marked* imellem sig, eller ved at håndtere lokale *barrierer* på en bestemt måde. Dermed opnår alliancen sin synergi ved den tilsigtede *koordination*.

Heri ligger imidlertid også risikoen for, at en strategisk alliance vil blive anset for konkurrenceskadelig i medfør af TEUF art. 101 og konkurrencelovens § 6. Når § 6, stk. 2, nr. 6, i den sidstnævnte bestemmelse udpeger det forhold, “at to eller flere virksomheder samordner deres konkurrencemæssige adfærd gennem oprettelsen af et joint venture” som en såkaldt “*hardcore*” konkurrencemæssig begrænsning, vil dette forbud også kunne omfatte en strategisk alliance, alt efter dennes formål. Alliancen må derfor kunne opfylde de krav, der må stilles til effektivitet mv., for at kunne holde sig fri af de konkurrenceretlige begrænsninger. Dette krav vil normalt ikke være opfyldt, hvis der er tale om en alliance mellem en flerhed af virksomheder, der alene har til formål at fortrænge en konkurrent.

Konkurrenceret

8.2.c. Aftaleregulering

Der er ingen grænser for, hvem der kan deltage i en strategisk alliance. Deltagerne kan f.eks. omfatte kunder, leverandører, konkurrenter, distributører, universiteter og virksomheder i andre brancher. Deltagerne kan enten drive forskellige typer af virksomhed med forskellige former for værdiskabelse eller samme virksomhed i skarp konkurrence med hinanden. Universitetsverdenen kender talrige strategiske alliancer mellem universiteter og virksomheder, der søger at virkeliggøre politiske målsætninger om at få videnskabelig forskning ud i industriel produktion. På it- og medieområdet kender man bl.a. strategiske alliancer fra de *patent pools*, der er omtalt s. 429 f.

Parterne

I beslutningen om at etablere en strategisk alliance spiller parternes langsigtede interesser derfor en afgørende rolle. Disse interesser kan tegne sig helt forskelligt for de respektive parter. En strategisk alliance mellem en lille nicheleverandør og en stor kunde kan nicheleverandøren se som optakten til en profitabel leverance til kunden, mens kunden kan se samarbejdet som første led i en plan om at overtage nicheleverandørens virksomhed. Parterne bør derfor tidligst muligt definere deres målsætninger med transaktionen, og herunder de begrænsninger i deres handlefrihed, som de kan leve med i konsekvens af alliancen.

Formålet

Behovet for en detaljeret aftaleregulering beror for det første på de handle- og undladelsespligter, som parterne ønsker at pålægge hinanden for at gennemføre dette formål. Dernæst må

Reguleringsbehovet

aftalereguleringen afpasses efter parternes viden om hinanden, kulturelle forskelle, omfanget af eventuelle investeringer, alliancens lang- eller kortsigtede karakter samt de involverede risici.

*Strategiske
netværk*

Heraf følger også, at der ingen almen regulering findes vedrørende disse aftaletyper, og at konciperingen af dem typisk vil udspringe af de specifikke behov. Visse typer af uformelle alliancer (undertiden kaldet *strategiske netværk*) kan indgås med et minimum af vedtagelser. Bl.a. derfor omfatter den konkurrenceretlige regulering også den “samordnede praksis”, der ikke har rod i et formelt aftalegrundlag. Se f.eks. konkurrencelovens § 7, stk. 3. Andre uformelle alliancer involverer en række på forhånd uafklarede forhold, der først afklares ved senere aftaleindgåelse.

8.3. Pengeløse transaktioner

8.3.a. Bytteaftaler

Begreb

Ifølge § 2, stk. 3, finder KBL tilsvarende anvendelse på aftaler om bytte. Ligeledes finder lovens almindelige repertoire af retsvirkninger anvendelse, se således *U 1993.669 H*, der tilkendte et forholdsmæssigt afslag i en byttehandel. Derfor behandles bytteaftaler om løsøre som udgangspunkt som andre løsørekøb. Se hertil *Peter Blok* i *U 1993B*, s. 442 ff. i kommentaren til den nævnte dom. At der ikke præsteres nogen købesum og derfor ikke er noget fast målepunkt for de udvekslede værdier, kan give anledning til vanskeligheder ved anvendelsen af regler, der forudsætter en sådan fiksering. Se f.eks. om værdien af det ibytttagne produkt i relation til KAL's regler om mindsteudbetaling, *U 1984.251 V*.

Løsørebytte

I den praktiske aftaleret spiller bytteaftaler vedrørende løsøre ikke nogen fremtrædende rolle. De tilfælde, der forekommer, vil ofte være uformelle og angå ubetydelige værdier. Der kan dog være grund til at fremhæve to former for bytteaftaler, nemlig om fast ejendom og virksomhedsoverdragelse.

Mageskifte

Bytteaftaler vedrørende fast ejendom betegnes almindeligvis som mageskifte. I sådanne aftaler vil man almindeligvis oprette to betingede skøder, som affattes således, at betingelsen i henhold til det ene skøde opfyldes, når det andet skøde er tinglyst uden præjudicerende retsanmærkninger, og omvendt. Transaktionen understøtter herved et *aftalekompleks*, hvor der er behov for en

samlet håndtering af spørgsmål om misligholdelse, konfliktløsning, opsigelse mv.

En virksomhedsoverdragelse kan gennemføres således, at den købende virksomhed erlægger en post af sine *egne aktier* til den sælgende virksomheds aktionærer som vederlag. Hvis den købende virksomhed er noteret på et reguleret marked, kan den hermed undgå et kursfald ved salg af disse aktier (eller et likviditetstræk gennem opkøb af en tilsvarende aktiepost eller ved betaling i kontanter).

Aktiebytte

8.3.b. Barter-aftaler

En *barter*-aftale er en særlig form for bytteaftale, hvor der i stedet for materielle ydelser udveksles tjenesteydelser. I det omfang der udveksles *fysiske* produkter, foreligger der en traditionel bytteaftale, der er omfattet af KBL § 2, stk. 3. Begrebet *barter*-aftale benyttes, når de ydelser, der udveksles, ikke er fysiske produkter, men f.eks. tjenesteydelser eller undladelsespligter. I terminologien om modkøb benyttes en variant af begrebet i form af de såkaldte *barter agreements*, se hertil s. 500.

Transaktioner af denne art kendes f.eks. inden for *medieområdet*, hvor medievirksomheder, der ikke er i direkte konkurrence med hinanden (f.eks. en radiostation og en avis), optager annoncer for hinanden uden særskilt betaling, eller i forbindelse med *sponsorering* (f.eks. hvor en virksomhed, der leverer varer eller tjenesteydelser til en sportsklub, i stedet får adgang til at eksponere sine forretningskendetegn i forbindelse med klubbens sportsbegivenheder). Man vil undertiden også betragte aftalevilkår, hvorefter flere indehavere af immaterialretlige retspositioner stiller disse retspositioner gensidigt til rådighed for hinanden uden særskilt betaling (såkaldt *cross licensing*), som udtryk for *barter*.

Barter-aftaler, der tager sigte på vedvarende udveksling af ydelser, bør normalt tidsbegrænses, fordi det kan være vanskeligt for parterne at forudsige værdien af de ydelser, der udveksles. En fastholdt pligt til løbende at skulle præstere en ydelse, hvis værdi efterfølgende er blevet langt højere end modydelsen, vil senere kunne forrykke den oprindeligt tiltænkte balance i aftaleforholdet.

8.3.c. Modkøbsaftaler mv.*Begreb*

En modkøbsaftale (“*countertrade transaction*”) er en international transaktion, hvorefter en privat leverandør præsterer en realydelse til en kunde i et andet land mod et vederlag, som ikke udelukkende præsteres i penge. Transaktionen findes i forskellige versioner.

Barter agreements

I en kommerciel variant kan den tage form af en slags *byttehandel*, hvor leverandøren modtager en *realydelse* (typisk et kvantum varer), i stedet for penge (f.eks. råvarer i form af tømmer, stål eller afgrøder). I modkøbsterminologien betegnes sådanne transaktioner som *barter agreements*, idet ordet *barter* benyttes i lidt anderledes end anført i afsnit 8.3.b., hvor modydelsen var immateriel.

Barter agreements benyttes navnlig i handel med lande, der ikke har et velfungerende pengemarked, eller som kun har begrænset adgang til udenlandsk kapital og udenlandsk valuta. Anskaffelsen finansieres så ved, at kunden leverer realydelser i stedet for valuta. Leverandøren undgår dermed at skulle modtage en inkonvertibel eller svag valuta. Til gengæld skal han afsætte den realydelse, der præsteres som vederlag, på de relevante markeder. Modydelsen præsteres jo kun som et påtvunget alternativ til en ordinær betaling. Sådanne modydelser anvendtes indtil murens fald hyppigst i transaktioner med den kommunistiske verden.

– buyback-aftaler

En variant af denne aftale (kaldet *buyback*) går ud på, at en leverandør, der etablerer en produktionsfacilitet i et værtsland, på forhånd forpligter sig til at købe bestemte kvanta af denne produktion.

– offset agreements

En anden variant går ud på, at A til gengæld for sit salg af et antal varer til B forpligter sig til at lægge ordrer for et fast beløb hos B, som B herefter betaler for gennem modregning (*offset*). I visse tilfælde påtages denne forpligtelse over et længere tidsrum. Man taler i så fald om *compensation*.

Kritik

I den internationale handel er *barter agreements* ofte blev kritiseret for at være et middel for den samarbejdspartner, der ikke havde adgang til de stærke valutaer, til at skaffe sig af med underlødige industriprodukter. Dermed skabte transaktionen et kunstigt marked for varer, som markedet ellers aldrig ville have accepteret, ligesom udbydere af mere kvalitetsprægede produkter inden for de pågældende varegrupper blev ramt af en undermi-

nerende konkurrence. I dag er det vanskeligt at indpasse *barter agreements* i de idealer om samhandel, der præger moderne global handelspolitik.

En udførlig vejledning herom findes i Yearbook of the United States Commission on International Trade Law (UNCITRAL), 1990, s. 185 ff. og 1992, s. 37 ff. og 92 ff. Se ligeledes *McVey*: Countertrade: Commercial practices, legal issues and policy dilemmas, 16 Law & Policy in International Business 1 (1984). Se ligeledes *Staffan Myrdal*: Motköpsavtalet i öst-västhandeln, Uppsala (1985).

Den egentlige modkøbsaftale tjener ikke sådanne finansieringsmæssige formål, men har alene til formål at sikre arbejdspladser i det land, der står foran en større anskaffelse hos en udenlandsk leverandør. Her præsterer den udenlandske leverandør sin ydelse med sædvanlig betaling, men på vilkår om særskilt at skulle aftage varer eller lægge ordrer af et bestemt kvantum hos forskellige virksomheder i køberlandet.

Modkøbsaftaler

Som anført i *Statsrevisorernes Beretning nr. 5/2010* om modkøb ved køb af forsvarsmateriel hos udenlandske leverandører, s. 1, benyttes sådanne modkøbsaftaler over det meste af verden, og herunder bl.a. i de fleste mindre europæiske lande. Herhjemme anvendes de først og fremmest ved indkøb af forsvarsmateriel til forsvaret. Danmark har siden købet af *Draken*-kampflyene i midten af 1960'erne stillet krav om, at udenlandske leverandører af forsvarsmateriel skal gennemføre industrisamarbejde med danske virksomheder for en værdi svarende til materielanskaffelsen. Formålet har bl.a. været *at* opretholde en national forsvarsproduktion, *at* ligestille den nationale forsvarsindustri med industrien i de større europæiske lande og USA, *at* styrke danske forsvarsrelaterede virksomheder og sidst, men ikke mindst, *at* skaffe arbejdspladser i Danmark.

Denne politik er ikke hidtil blevet anset som indirekte statsstøtte. Danmark har herved påberåbt sig det sikkerhedspolitiske forbehold i TEUF art. 346. I Erhvervsstyrelsens "Kortlægning af den danske forsvars- og sikkerhedsindustri" (26. februar 2009) kan man bl.a. se, hvor mange danske virksomheder der dengang havde modtaget ordrer gennem dette system (s. 38 f.).

Sociale klausuler

En variant modkøbsaftalen findes i national aftalepraksis i de såkaldt *sociale klausuler*, som pålægger en kommerciel leverandør at gennemføre initiativer, der medvirker til forebyggelse, fastholdelse og fodfæste på arbejdsmarkedet, jf. definitionen i § 1, stk. 2, i lov om sociale klausuler på offentlige tilskudsområder, nr. 286 af 25. april 2001 med senere ændringer. Pligten kan f.eks. gå ud på, at virksomheden skal have en særlig personale- eller fastholdelsespolitik, herunder vedrørende særligt beskyttelsesværdige persongrupper (ledige, personer med nedsat arbejdsevne, personer med anden etnisk baggrund end dansk etc.).

Ifølge forarbejderne til den nævnte lov kan sociale klausuler omfatte generelle foranstaltninger for at *modvirke* risikoen for nedslidning (såvel fysisk som psykisk), at *forhindre* sygdomstilfælde, at *fastholde* medarbejdere i forbindelse med langvarigt sygefravær og at give personer, der i kortere eller længere tid har været uden beskæftigelse, mulighed for igen at få *fodfæste* på arbejdsmarkedet. Loven *pålægger* ikke myndighederne at anvende sociale klausuler, men giver den fornødne hjemmel til at anvende dem. Ved bekendtgørelse nr. 1274 af 4. december 2006 (med senere ændringer) er brugen af sociale klausuler dog gjort til betingelse for at modtage statstilskud på selvejende uddannelsesinstitutioner.

8.4. Offentlig-private partnerskaber mv.

8.4.a. Karakteristik

Begreb

Et offentlig-privat partnerskab (ofte forkortet OPP) er en samarbejdsaftale mellem en offentlig myndighed og en privat virksomhed (eller et konsortium af private virksomheder), der indbefatter en samlet aftale om design, etablering, drift og privat finansiering af en bygning eller et anlægsarbejde i en fastsat længere årrække. Se herved definitionen i § 4 i bekendtgørelse nr. 948 af 12. september 2006 med senere ændring. Partnerskabet indebærer en form for udlicitering, men det er ikke kun bygge- og anlægsarbejder, der udbydes på den måde. Transaktionen kan også omfatte finansiering, design og etablering af projektet og ikke mindst den efterfølgende drift af byggeriet eller anlægsarbejdet. Set fra den offentlige parts synsvinkel er formålet at opnå en systematisk, økonomisk funderet deling af risici mellem den offentlige og den private part. En væsentlig del af investeringerne i et OPP stammer således fra private midler, herunder fra pen-

sionsinstitutter. Denne investering realiseres ved en aftale om løbende betaling for opgaven – ofte over en længere årrække, f.eks. 30 år.

For den offentlige aftalepart giver et OPP to hovedfordele. For det første skaffer den *ekspertise* til løsningen af en offentlig opgave. For det andet løser den et *finansieringsbehov*, som ofte vil udmønte sig som en politisk udfordring, idet alternativet typisk er at hæve skatten. Disse fordele er mest fremtrædende for stater, der står med et finansieringsbehov. Derfor havde OPP-transaktioner (i form af en BOT-aftale, se herom s. 504 f.) deres første indtog i udviklingslande. I dag anvendes transaktionen dog også i den industrialiserede verden. Udbredelsen er sket i takt med en stigende accept af det hensigtsmæssige i, at offentlige opgavevaretagelser overtages af private virksomheder.

Fordele

Gennem de seneste år har der været et stærkt politisk ønske, både herhjemme og i udlandet, om at gennemføre sådanne projekter i videre sammenhænge for at opnå effektivisering og ekstern finansiering af samfundsopgaverne. EU-Kommissionen udsendte den 30. april 2004 en “Grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner”, KOM(2004)327. Se nærmere hertil *Christina D. Tvornø* i U 2011B, s. 129 ff. og U 2010B, s. 190 ff. I januar 2004 udsendte den daværende regering en “Handlingsplan for offentlig-private partnerskaber”. Emnet dækkes løbende af tidskriftet OPP Nyt, der udgives af Anvendt Kommunalforskning (<www.akf.dk>). I januar 2011 udsendte regeringen en ny Strategi til fremme af offentlig-privat samarbejde (OPS), der navnlig fokuserer på de holdningsmæssige barrierer, der er til hinder for vækst og produktivitet gennem mere konkurrence om de offentlige opgaver.

Politiske aspekter

I Danmark er der allerede adskillige eksempler på OPP-projekter. *Slots- og Ejendomsstyrelsen* har opført Rigsarkivet og Hobro Tinglysningsret som OPP. *Vejdirektoratet* har organiseret Kliplev-Sønderborg motorvejen som et OPP. Iøjnefaldende eksempler uden for Danmark er kanaltunnelen mellem England og Frankrig samt højhastighedstoget “Arlanda Express” mellem Arlanda Flygplads og Stockholm City.

Et OPP rummer fra fødslen den udfordring, at det offentlige og den private part kan være motiveret af forskelligartede interes-

Udfordringer

ser. Partnerskabet vil derfor ofte få et kunstigt skær med latente konfliktrisici. Samme skisma vil ofte træde frem i diskussionen om, hvorvidt det offentlige overhovedet bør privatisere sin virksomhed. Mener man f.eks. at en opgave (f.eks. fængselsdrift, hospitalsvæsen eller hjemmepleje) *ideelt set* bør udføres af det offentlige, nytter det ikke at argumentere med de økonomiske fordele, der kunne ligge i en ændret rollefordeling.

8.4.b. Retsgrundlag

Skal statslige myndigheder deltage i sådanne samarbejdsrelationer, kræves som udgangspunkt lovhjemmel. Ved bekendtgørelse nr. 1179 af 4. oktober 2013 om kvalitet, OPP og totaløkonomi i offentligt byggeri er denne hjemmel skabt for så vidt angår byggeri omfattet af statsbyggeloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1712 af 16. december 2010.

For at sikre kontrollen med de EU-retlige *udbudsregler* samt forbuddet mod *statsstøtte*, jf. TEUF art. 107, har Kommissionen i sit såkaldte transparensdirektiv (2006/111/EF af 16. november 2006 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskuelighed i bestemte virksomheder) givet regler, der skal sikre gennemskueligheden i de økonomiske forbindelser, der består mellem de offentlige myndigheder og de virksomheder, der f.eks. indgår i et OPP. Direktivet er implementeret ved bekendtgørelse nr. 590 af 20. juni 2008, der er udstedt i medfør af konkurrencelovens § 11 c. Den pålægger bl.a. de omfattede virksomheder at aflægge særskilte regnskaber for deres OPP-aktiviteter.

8.4.c. Varianter

OPP-transaktionen beskæftiger sig med et tema, der er velkendt i international terminologi. Her finder man talrige andre betegnelser, der dækker over stort set samme realiteter. Eksempler herpå er BOT-aftalen (*Build, Operate and Transfer*) og BOO-aftalen (*Build, Own, Operate and Transfer*). Realiteten er den samme: Den private part bygger ("*build*"), ejer ("*own*") og driver ("*operate*") en offentlig virksomhed eller et offentligt anlæg i et antal år, hvorefter den overdrages ("*transfer*") til det offentlige. En BOO-aftale (*Build-Own-Operate*) etablerer en tilsvarende kon-

*BOT- og
BOO-aftaler*

struktion, men uden efterfølgende overdragelse til det offentlige. Transaktionen kan derfor etableres uden noget aftaleforhold med myndigheden, hvis rolle er begrænset til at etablere det koncessionsmæssige grundlag for driften. Den generelle betegnelse PFI (*Private Finance Initiative*) fremhæver den centrale rolle, den private kapital har for transaktionen. De væsentligste nuanceforskelle knytter sig til, hvilken grad af særskilt lovregulering eller koncessionsudstedelse der skal til for at gennemføre transaktionen.

Talrige lande i den tredje verden har vedtaget lovgivning om BOT-aftaler. UNCITRAL vedtog i 2000 en UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, som i 2004 er suppleret med et sæt Draft model legislative provisions on privately financed infrastructure projects, der supplerer denne vejledning.

En særlig form for partnerskab findes på det kommunale område i form af de fællesejede selskaber, der er etableret i medfør af lov nr. 548 af 8. juni 2006 om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber. § 3 i denne lov giver kommuner og regioner hjemmel til – med de begrænsninger, der følger af lovens §§ 4-6 – at deltage finansielt og ledelsesmæssigt i selskaber, der driver virksomhed med henblik på salg af produkter og tjenesteydelser, som bygger på kommunal eller regional viden, der er oparbejdet i kommunen eller regionen i forbindelse med løsning af kommunale eller regionale opgaver, eller videreudvikling af sådan viden. Regionerne må dog alene deltage i selskaber, som bygger på regional viden, der er oparbejdet i regionen i forbindelse med løsning af regionale opgaver inden for bestemte myndighedsområder.

*Fællesejede
selskaber*

Ordliste, forkortelser og lovhenvvisninger

- AB92:** Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. Udfærdiget af Boligministeriet den 10. december 1992. I medfør af Boligministeriets cirkulære nr. 21 af 5. februar 1993 skal statslige og statsstøttede bygge- og anlægsarbejder anvende AB92 fra og med 1. juli 1993.
- ABL95:** Almindelige bestemmelser for finansielle leasingaftaler (4. udgave, 2014) udarbejdet af Finans og Leasing (s.d.).
- ABR89:** Almindelige bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand (oktober 1989).
- ABService 2003:** Almindelige Betingelser for levering af Serviceydelser. Standardaftale beregnet for aftaler indgået ved udlicitering af servicefunktioner fra den offentlige forvaltning. Udgivet af Økonomi- og Erhvervsministeriet, april 2003.
- ABT93:** Almindelige betingelser for totalentreprise, udfærdiget af Boligministeriet den 22. december 1993.
- AC:** Akademikernes Centralorganisation.
- Ad hoc-voldgift:** Voldgiftsret, der udelukkende virker på grundlag af parternes aftale, modsat institutionsvoldgift, der virker på grundlag af et regelsæt, der på forhånd er fastsat af en voldgiftsinstitution (f.eks. Det Danske Voldgiftsinstitut), hvortil parternes aftale helt eller delvis henviser.
- Adhæsiionsaftale (-kontrakt):** Aftale, der indgås ved, at den ene part blot tiltræder (adhærer) de vilkår, den anden part har opstillet for parternes retsforhold.
- ADR:** *Alternative dispute resolution*, dvs. alternativ konfliktløsning. Samlebetegnelse for metoder til at løse konflikter uden om domstolene. I en bred betydning af begrebet omfatter det også konfliktløsning ved voldgift (s.d.). I en mere snæver (og nok mere udbredt) betydning omfatter det konfliktløsning, som parterne er herre over fra start til slut. En ADR-procedure kan i den betydning ikke påtvinges en part, og den når kun sit mål, hvis parterne enes. Som eksempler på ADR i denne betydning kan nævnes mægling ved forligsmand, teknisk afklaring af faktiske forhold eller såkaldt *mini-trial*, hvor sagen afgøres af en kompetent repræsentant for hver af de stridende parter med den person, der tidligere har fungeret som forligsmand, som formand.
- Advokatretten:** Mads Bryde Andersen: Advokatretten (2005).
- Afståelsesret:** Den ret, en lejer har i kraft af lov eller aftale til at afstå et lejemål, dvs. sætte en anden lejer i sit sted, som derefter indtræder som ny lejer i lejeaftalen i stedet for den oprindelige lejer.
- Aftale:** En partsbestemt retsregel, der udleder sin retskraft af de løfter (s.d.), og i tillæg hertil eventuelt visse andre forpligtende erklæringer, som aftalens parter har udvekslet med hinanden med sigte på en bestemt transaktion eller hændelse. Når løftet indgår i samspil med andre løfter, tegner der sig en struktur af retsfakta og retsfølger, der bibringer aftalen dens karakter af retsregel. Blandt de andre forpligtende (omend ikke løfteforpligtende) erklæringer, der kan (men som definatorisk ikke skal) indgå i en aftale, er konstaterende erklæringer og andre faktiske oplysninger.
- AFTL:** Aftaleloven, lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, jf. lovbekendtgørelse nr. 781 af 26. august 1996.
- Agreed document:** Også kaldet "tilslutningsvilkår". Standardformular med sigte på en bestemt type *transaktion*, som på grund af sit udspring i en vedtagelse mellem repræsentanter for de typiske parter, der er involveret i den pågældende transaktion, har opnået en særlig status. Visse *agreed documents* er så udbredte inden for de berørte retsområder, at retsdannelsen i vid udstrækning baserer sig herpå i kraft af udtrykkelige aftaler eller ved sædvane. Man

taler i så fald om, at der opstår en egentlig "formularret".

Agreed penalty: En aftale, der indbygger et særskilt sanktionselement i aftalen, som ikke nødvendigvis repræsenterer det faktisk lidte tab. Se også Konventionalbod og *Liquidated damages*.

AKL: Ansættelsesklausuloven, s.d.

Aktieoptionsloven: Lov om køberet eller tegningsret til aktier mv. i ansættelsesforhold, nr. 309 af 5. maj 2004.

Aktionæroverenskomst, se Ejer aftale.

Alternativ konfliktløsning, se ADR.

Ansættelsesbevisloven: Lov om ansættelsesbeviser, eller rettelig: Lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet, se lovbekendtgørelse nr. 240 af 17. marts 2010 med senere ændringer

Ansættelsesklausuloven: Lov nr. 1565 af 15. december 2015 om ansættelsesklausuler.

ASP: Application Service Provider. Aftale indgået mellem en it-leverandør og en kunde, hvorefter leverandøren alene præsterer (*provides*) den funktion (*service*), der knytter sig til en it-applikation (*application*). Applikationen afvikles således på leverandørens udstyr, idet funktionen typisk stilles til rådighed via en kommunikationsforbindelse (f.eks. via internettet).

Back-to-back-garanti: Aftale mellem B og C, hvorefter C indtræder i eller underlægger sig præcis de garantivilkår, som B kan gøre gældende over for A – men hverken flere eller færre.

Baggrundsret: De regler, der i kraft af lovgivningen og domstolens praksis udgør den almindeligt gældende retlige "baggrund" for parternes retsstilling, hvad enten der foreligger en aftale eller ikke. Baggrundsretten vil ofte supplere parternes aftale og undertiden også afskære visse typer af aftalevilkår.

Barter trade: Byttehandel. Benyttes ofte om aftaler, der ikke involverer udveksling af pengeydelse, men f.eks. modkøb (s.d.), eller gensidig udveksling af tjenesteydelser.

BOT-aftale: BOT = Build, Operate, Transfer. Aftale, hvorved en stat giver en privat virksomhed koncession eller eneret til at

udføre en bestemt virksomhed (f.eks. et motorvejsprojekt, et elektricitetsværk eller en infrastruktur til telekommunikation) mod, at den pågældende part bygger ("build") og driver ("operate") denne virksomhed i et antal år, hvorefter virksomheden overdrages ("transfer") til staten. I moderne sprogbrug betegnes sådanne aftaler som *public-private partnerships*.

Brand: De forestillinger i markedet, der omgiver et produkt, en organisation eller en virksomhed. Begrebet omfatter dermed alt, hvad omverdenen ved, tænker, føler og forstår om produktet eller virksomheden. Undertiden afgrænses begrebet i relation til medarbejdere, kunder, investorer og "stakeholders". Dermed kan man sondre mellem en virksomheds branding (også kaldet "*corporate branding*"), et produkts branding ("*product branding*") og en professions branding ("*professional branding*").

Brugsmodelloven: Lov om brugsmodeller mv., jf. lovbekendtgørelse nr. 106 af 24. januar 2012 med senere ændringer.

Business angel: Ofte benyttet betegnelse for person, som vælger at investere en del af sin (ofte betydelige) formue (der ofte vil være realiseret gennem salg af egen virksomhed) og erfaring på at hjælpe nystartede virksomheder til at opnå vækst ved at investere i de pågældende virksomheder og deltage aktivt i ledelsen.

Call option: En option, der giver ret til at erhverve et formuegode. Se også det modsatte begreb, *Put option*.

CEC: Commission of the European Communities. Tidligere anvendt engelsk forkortelse for Europakommissionen.

CIBOR: Copenhagen Interbank Offered Rate. Renteindeks, der udarbejdes af Danmarks Nationalbank på grundlag af indberetninger fra de 10 største danske pengeinstitutter om størrelsen af deres dag-til-dag-rente. Beregningen foregår ved, at Nationalbanken på forhånd udtager den øverste og laveste af de indberettede rentesatser for herefter at tage middelværdien af de øvrige 8. Resultatet af beregningen offentliggøres hver bankdag kl. 11.00.

Closing: Det møde, hvor parterne i en større transaktion "lukker" aftalen ved at fremlægge de dokumenter mv., som de hver for sig skulle præstere som led i dens opfyldelse, og

konstaterer disses overensstemmelse med det aftalte, hvorefter de endelige aftaledokumenter underskrives.

CMR-lov: Lov om fragtaftaler ved international vejtransport, jf. lovbekendtgørelse nr. 1122 af 18. september 2015.

Consideration: Grundsætning i *common law*, hvorefter et løfte kun er retligt bindende, hvis det modsvares af en modydelse, se f.eks. Restatement (2nd) of Contracts § 81. Grundsætningen om *consideration* indebærer bl.a., at tilbud kan tilbagekaldes, før de er accepteret, cfr. for dansk ret AFTL §§ 2-3.

Corporate governance: "God selskabsledelse". Generel betegnelse for den ledelsesmæssige udfordring i at håndtere de modsatte interesser mellem en virksomheds ledelse og dens ejerkreds. Begrebet dækker over de bestræbelser, ledelsen udfolder for at sikre et optimalt samspil mellem de forskellige ledelsesorganer i en virksomhed. Også ønsket om at sikre gennemsigtighed over for omverdenen behandles ofte under denne overskrift. I Danmark foreligger et sæt anbefalinger om god selskabsledelse udarbejdet af Komitéen for God Selskabsledelse, se www.corporategovernance.dk.

Covenant: Af latin con = sammen + venire = komme. Særlig forpligtelse. Udtrykket benyttes navnlig om vilkår i engelsksprogede aftaler, der pålægger den ene part at udvise en særlig adfærd (f.eks. løbende at informere om driften) eller undlade visse dispositioner. Begrebet benyttes navnlig om klausuler i låneaftaler, der med det formål at undgå at øge långivers risiko eller forringe den aktivmasse, der ellers skulle anvendes til fyldestgørelse, pålægger låntager særlige forpligtelser ud over pligten til at forrente lånet.

Cross licensing: Krydslicensering. Vilkår i aftale mellem flere indehavere af immaterialretlige retspositioner, hvorefter disse retspositioner stilles gensidigt til rådighed, ofte uden særskilt betaling.

DBU: Dansk Boldspil Union.

DCFR: *Draft Common Frame of Reference*.

Almindeligt anvendt forkortelse for de "Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law", som Study Group on a European Civil Code, sammensat af formuerejurister fra hele Europa, udsendte

i 2009 i samarbejde med the Acquis Group (s.d.). Gruppen har også foreslået regler om en række udvalgte aftaletyper, herunder f.eks. franchising, distribution, låneaftaler og gaver.

Designloven: Lovbekendtgørelse nr. 189 af 1. marts 2016.

Discovery: Et foreløbigt retsmiddel, som i overensstemmelse med reglerne i visse fremmede retssystemer (f.eks. de amerikanske Federal Rules of Civil Procedure) kan anvendes til at fremskaffe oplysninger fra modparten eller tredjemand med henblik på beslutningen om at skulle anlægge sag. De beføjelser, en part kan påberåbe sig under *discovery proceedings*, indbefatter bl.a. afgivelse af edsvorne (dvs. belagt med vidneansvar) erklæringer, skriftlige forespørgsler, fremlæggelse af dokumenter og bevismidler hos modparten samt isolerede bevisoptagelser. Reglerne om *discovery* går langt videre end de regler om editionspligt, der følger af retsplejelovens §§ 298 ff.

Diæter: Af lat.: *dies* = dag. Dagpenge ydet en medarbejder, typisk en tjenestemand, under dennes rejser for arbejdsgiveren (tjenesterejser). Diæter fastsættes typisk til et bestemt beløb pr. dag.

Due diligence: Betyder egentlig: fornøden omhu. I almindelig juridisk sprogbrug henviser begrebet til en bonus pater-standard. I den praktiske aftaleret betegner begrebet det brede spektrum af detaljerede redegørelser vedrørende en virksomheds økonomiske og andre forhold, der tilvejebringes i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse. Man skelner mellem forskellige typer af *due diligence*, herunder retlig, teknisk og økonomisk due diligence. De forskellige delprocesser kan involvere forskellige rådgivere, f.eks. advokater, revisorer, teknikere, it-folk etc. Ofte bestiller køberen af en større virksomhed en due diligence-rapport, der dokumenterer resultatet af disse undersøgelser.

ECE: Economic Commission for Europe. FN's Økonomiske Kommission for Europa. Står blandt andet bag konciperingen af ECE 188 (s.d.), der danner grundlag for NL92 (s.d.).

ECE188: General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export. Standardaftale, der oprindeligt udarbejdedes af ECE i marts 1953, men som siden er

opdateret en række gange. Danner forbillede for NL92 (s.d.).

ECE188A: General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export. Revideret udgave af ECE 188, der omfatter levering af maskiner og andet teknisk udstyr mv. med leveringspligt. Danner grundlag for NLM 84, s.d.

Efterkontrakt: Aftale, der tidsmæssigt falder efter indgåelse af en allerede eksisterende aftale, og som angår samme retsforhold som denne.

E-handelsloven: Lov nr. 227 af 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel.

Ejendomsrådgiverloven: Lov om formidling af fast ejendom, nr. 526 af 28. maj 2014.

Ejeraftale: Ifølge SL § 5, nr. 6, aftale, der regulerer ejer- og ledelsesforhold i selskabet, og som er indgået mellem kapitalejere. For SL benyttedes terminologien aktionæroverenskomster (eller aktionæraftaler) om ejeraftaler i aktieselskaber og anpartshaveroverenskomster (eller anpartshaveraftaler) om ejeraftaler i anpartsselskaber.

Erhvervslejeloven: Lov om leje af erhvervslokaler mv., jf. lovbekendtgørelse nr. 1714 af 16. december 2010 med senere ændringer.

Facility management: En særlig form for outsourcing, hvorved en tjenesteyder overtager ansvaret for at anskaffe, vedligeholde og betjene det udstyr – og efter omstændighederne også de medarbejdere – der indgår i en bestemt driftsfunktion hos en kunde. FM-tjenesteyderen (FM-leverandøren) *kontrollerer* herefter disse dele af kundens virksomhed. Typisk udføres driften på kundens forretningsområde.

Fastholdelsesklausul: Klausul, der skaber en forpligtelse for en medarbejder til at tilbagebetale hele udgiften til sin uddannelse, eller dele deraf, hvis ansættelsen ikke opretholdes i en nærmere afgrænset periode efter uddannelsens ophør.

FIDIC: Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils. International forening af rådgivende ingeniører, stiftet i 1913 i Belgien. Dansk medlem er FRI (s.d.). FIDIC har bl.a. udarbejdet en række standardkontrakter, der kendes under betegnelserne “*Red book*”, “*Silver book*”, “*Green book*” og “*Yellow book*”.

FIL: Lov om finansiel virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 182 af 18. februar 2015 med senere ændringer.

Finansiel leasing: se Leasing.

Finans og Leasing: Brancheorganisation bestående af danske leasingselskaber, navnlig dem, der er forbundet med de store danske finanskoncerner, factoringsselskaber og andre finansielle virksomheder. Finans og Leasing er bl.a. medlem af den europæiske sammenslutning Leaseurope. Se <www.finansogleasing.dk>.

FM, se *Facility Management*.

Forbrugeraftaleloven: Lov nr. 1457 af 17. december 2013 om forbrugeraftaler.

Forbrugerklageloven: Lov nr. 524 af 29. april 2015 om alternativ tvistløsning i forbindelse med forbrugerklager.

Force majeure: Den tilstand, der foreligger, så længe en aftalepart hindres i sin opfyldelse ved udefrakommende begivenheder af en sådan art, at selv ikke forsvarlige forholdsregler efter almindelig erfaring kunne have sikret opfyldelsen. Force majeure-situationer defineres med henblik på givne retsfølger, f.eks. suspension af en leveringsforpligtelse eller ansvarsfrihed. Se også *Hardship*.

Forkontrakt: Aftale, der tager sigte på et retsforhold, som parterne tænker gjort til genstand for en særskilt aftale.

Forkøbsret: Aftale, hvorved A giver B ret til at købe en genstand, hvis A beslutter sig for at sælge den, forud for andre.

Forsikringsaftaleloven: Lovbekendtgørelse nr. 1237 af 9. november 2015 med senere ændringer.

Forsknings- og udviklingsaftale: Aftale, der pålægger dens parter en pligt til at medvirke i et forskningsprojekt (hvorved ny viden søges indvundet) eller ved udviklingen af et produkt eller projekt (hvorved kendt viden søges tilpasset et specifikt formål).

FoU-aftaler: Forsknings- og udviklingsaftale, s.d.

FRI: Foreningen af Rådgivende Ingeniører.

FUL: Funktionærloven, s.d.

Funktionærloven: Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, jf. lovbekendtgørelse nr. 81 af 3. februar 2009 med senere ændringer.

Fusionskontrollforordningen: Rådsforordning nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, EUT 2004 L 24/1.

Garanti, Se Tilsikring.

GBL: Gældsbrevsloven, s.d.

God skik-bekendtgørelsen: Bekendtgørelse nr. 1094 af 14. september 2015 om god skik for finansielle virksomheder.

Grant back-klausul: Tilbageoverdragelses-klausul. Vilkår i licensaftale, der pålægger licenstagere at tilbageføre eller licensgive de forbedringer mv., som han har hidført den licenserede teknologi.

Grundlæggende aftaleret: Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, 4. udg. (2013).

“Gyldent håndtryk”: Populær betegnelse for fratrædelsesaftale med ledende medarbejder, der indebærer en rundhåndet vederlæggelse til fuld dækning af alle lønkrav mv. Undertiden anvendes udtrykket *“golden hello”* om de bonusordninger mv., der tilsiges en nytiltrådt medarbejder som lokkemad.

Gældsbrevsloven: Lov om gældsbreve, jf. lovbekendtgørelse nr. 333 af 31. marts 2014.

HAL: Handelsagentloven, s.d.

Halvlederloven: Lov om beskyttelse af halvlederprodukters udformning (topografi), jf. lovbekendtgørelse nr. 105 af 24. januar 2012.

Handelsagentloven: Lov nr. 272 af 2. maj 1990 om handelsagenter og handelsrejsende.

Hardship: Hyppigt anvendt betegnelse for forhold, der uden at indebære umulighed eller *force majeure* gør pligten væsentligt tungere end oprindeligt forudsat. Ofte vil man i kommercielle aftaler indføje klausuler om *hardship*, hvorefter der i sådanne tilfælde skal ske genforhandling (eventuelt med mulighed for at lade en voldgiftsret træffe afgørelse om, hvordan aftalen i givet fald skal tilpasses) eller adgang til frigørelse.

Hovedkontrakt: Hvis et aftaleforhold består af et sæt generelle vilkår og en hertil knyttet flerhed af mere specielle vilkår, er det almindeligt at betragte det generelle sæt som hovedkontrakten og de specielle som tilknyttede vilkår, bilag, vedtagelser el.lign. Betegnelsen *“hovedaftale”* anvendes sjældent om sådanne generelle vilkår på grund af risikoen for sammenblanding med Hovedaftalen af 1973 mellem Dansk

Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen i Danmark med ændringer pr. 1. marts 1981, 12. december 1986 og 1. januar 1993.

Hvidvaskningsloven: Lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme, jf. lovbekendtgørelse nr. 1022 af 13. august 2013 med senere ændringer.

ICC: International Chamber of Commerce – det internationale handelskammer. ICC er en privat sammenslutning bestående af handelskammer i 110 lande, der yder bistand og rådgivning til støtte for den internationale handel. Blandt ICC's bistandsydelser kan nævnes The International Court of Arbitration of the ICC, The ICC Institute of International Business Law and Practice og The ICC Counterfeiting Intelligence Bureau. ICC's informationsvirksomhed kommer først og fremmest til udtryk i en lang række publikationer og standardaftaler.

Ikke-angrebs-klausul (også kaldet *non-challenge clause*): Vilkår i aftale om licens til immaterialrettighed, hvorefter licenstageren afstår fra at anfægte gyldigheden af den rettighed, der er genstand for licensen. Ikke-angrebs-klausuler i patentlicensaftaler kan være i strid med TEUF art. 101, idet patentet etablerer et forholdsvis stærkt monopol. Mindre sikkert er det, om en sådan klausul vil være ugyldig i forbindelse med en ophavsretslicens.

INCOTERMS: *International Commercial Terms*. Et sæt anerkendte standarddefinitioner for aftaleklausuler i international handel. INCOTERMS består af i alt 13 forskellige klausuler, der kan inddeles i fire kategorier. Første udgave af INCOTERMS blev vedtaget af ICC i 1936, seneste udgave (der er tilpasset reglerne i CISG, og som tager højde for de elektroniske kommunikationsformer) i 2010.

Inkorporering: Vilkår i en aftale, der i kraft af en henvisning til en anden aftale eller aftaleformular fastslår, at disse andre vilkår skal være gældende på samme måde, som hvis de var skrevet fuldt ind i aftalen. I engelsk terminologi betegnes denne henvisning form som *incorporation by reference*.

Institutionsvoldgift: Voldgift, der virker på grundlag af et regelsæt, der på forhånd er fastsat af en voldgiftsinstitution (f.eks. the ICC Court of Arbitration eller Det Danske

Voldgiftsinstitut), hvortil parternes aftale helt eller delvis henviser.

Integration clause, se Integrationsklausul.

Integrationsklausul: Også kaldet *integration clause* eller *entire agreement clause*: Vilkår, der fastslår, at en aftale (eller i praksis: et aftaledokument) omfatter den samlede vedtagelse mellem parterne om det pågældende retsforhold, hvorved navnlig tidligere vedtagelser mister deres gyldighed og tidligere dokumenter aftaleretlig relevans. Herved fremstår det, der i engelsk-amerikansk sprogbrug betegnes "*an integrated contract*".

International conditions of contract for repair of machinery and equipment: Standardaftale udsendt af ORGALIME, november 1986.

ISO: International Standards Organization – den internationale standardiseringsorganisation.

IT-retten: Mads Bryde Andersen: IT-retten, 2. udg. (2005).

IUCAB: Internationally United Commercial Agents and Brokers. International forening stiftet i 1953 med det formål "to uphold the freedom and sound development of international trade, to protect and promote the common interests of the commercial agents and brokers of all countries and to strengthen the position of the commercial agents and brokers as independent businessmen". Foreningen har bl.a. et juridisk udvalg. Den har i 2000 udsendt en standardaftale til brug for handelsagentur i medfør af reglerne i EU-direktivet herom fra 1986. Se nærmere <www.iucab.com>.

Joint venture: Samarbejdsaftale, hvorefter to forskelligartede virksomheder går sammen om at drive en virksomhed. Den nye virksomhed etableres ikke nødvendigvis som en ny juridisk person, og ofte vil den have midlertidig karakter. Et joint venture kan f.eks. angå et konkret projekt (som forskellige dilleleverandører går sammen om at præstere under ét over for en kunde), eller det kan knytte sig til en praktisk foranstaltning (f.eks. at præstere en tjenesteydelse, som det er lettere eller billigere for parterne at etablere under ét frem for på et eksisterende marked).

Juridisk person: Retssubjekt, der som sådant kan påtage sig rettigheder og forpligtelser, og hvis formue dermed er adskilt fra deltagerens. De nærmere regler for en juridisk person (og

dermed dennes retssubjektivitet) fremgår altid af en *konstitution*, f.eks. en vedtægt. Heri defineres den juridiske persons formål, og de organer, der kan tegne den (dvs. gyldigt påføre den forpligtelser), udpeges. Kapitalselskaber, foreninger, fonde og offentlige myndigheder er eksempler på juridiske personer.

K01: Kontrakt om anskaffelse og vedligeholdelse af et it-system. Udarbejdet af en arbejdsgruppe under Videnskabsministeriet, 2004.

K02: Standardkontrakt for længerevarende it-projekter. Udarbejdet af en arbejdsgruppe under Videnskabsministeriet, 2007.

K03: Standardkontrakt for længerevarende it-projekt baseret på en agil metode. Udsendt af Digitaliseringsstyrelsen i december 2012.

K17: Statens standardkontrakt for standardiserede edb-systemer. Udsendt af Direktoratet for Statens Indkøb. Forløber for K18 (s.d.).

K18: Statens standardkontrakt for standardiserede edb-systemer. Udgiven af Statens Indkøb 1992.

K33: Statens standardkontrakt for edb-totalleverancer (samtidig anskaffelse af maskinel, special- og standardudviklet programmel).

KAL: Kreditaftaleloven, s.d.

KBL: Købeloven, s.d.

KL: Konkursloven, s.d.

KMSL: Kommissionsloven, s.d.

Kommanditselskab, se Partnerselskab.

Kommissionsloven: Lovbekendtgørelse nr. 332 af 31. marts 2014.

Kompatibilitet: Den tilstand, to parter må befinde sig i for at kunne kommunikere med hinanden. Brug af samme sprog og forståelsesramme skaber kompatibilitet mellem personer. Tilsvarende gælder ved kommunikation ved hjælp af it.

Konkurrenceloven: Lovbekendtgørelse nr. 869 af 8. juli 2015.

Konkursloven: Lovbekendtgørelse nr. 11 af 6. januar 2014.

Konventionalbod: Bod, som ifølge aftale skal betales i tilfælde af misligholdelse, men som ikke (nødvendigvis) udgør en erstatning for det tab, misligholdelsen udvirker.

Kreditaftaleloven: Lovbekendtgørelse nr. 1336 af 26. november 2014.

Købeloven: Lovbekendtgørelse nr.140 af 17. februar 2014.

Leasing: Almindelig betegnelse for længerevarende leje af formuegoder (løsøre og fast ejendom) til hovedsagelig erhvervmæssig anvendelse. Leasing anvendes ofte som alternativ til køb af de pågældende effekter, enten med henblik på at opnå finansiering (såkaldt finansiel leasing), eller fordi det af andre grunde er hensigtsmæssigt at undgå ejerskab, f.eks. fordi genstanden blot skal benyttes i kortere tid (operationel leasing).

LEV: Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovbekendtgørelse nr. 1295 af 15. november 2013 med senere ændringer.

Lex mercatoria: – eller “*merchant law*”.

Kutymer og typeforudsætninger, der navnlig er udviklet blandt europæiske forretningsfolk på tværs af landegrænser, og som i kraft af sædvanedannelse eller ud fra fortolkningsregler anses for gældende i international samhandel. Der foreligger dermed en slags system af retsregler, der i visse henseender ligner et egentligt retssystem. Denne lighed indebærer, at parterne – f.eks. som led i en voldgiftsaftale – kan bestemme, at voldgiftsretten skal anvende *lex mercatoria*. Sådanne vedtagelser kan bl.a. løse en uenighed om, hvilket lands retssystem der i øvrigt skal finde anvendelse. Der er gjort forskellige forsøg på at definere indholdet af *lex mercatoria* – bl.a. af Unidroit (s.d.) og CECL (s.d.).

Licens: Af lat.: *licentia* = tilladelse. Løfte, hvorved indehaveren af en forbudsret tillader andre at gøre noget, han ellers kunne forbyde. I den praktiske aftaleret angår sådanne tilladelser primært immaterialretlige eneretspositioner, men den offentlige ret kender adskillige variationer af begrebet, f.eks. fiskerilicens, importlicens, flyvelicens og tv-licens.

Ligningsloven: Lovbekendtgørelse nr. 1081 af 7. september 2015 om påligningen af indkomstskat til staten med senere ændringer.

Liquidated damages: Aftalevilkår, der fikserer en erstatning til det beløb, parterne på forhånd påregner, at tabet vil udgøre. Se også *Agreed penalty* og Konventionalbod.

LO: Landsorganisationen i Danmark.

Lov om finansiel virksomhed: Lovbekendtgørelse nr. 182 af 18. februar 2015 med senere ændringer.

Lærebog i obligationsret I: Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I: Ydelsen, Beføjelser, 4. udg. (2015).

Løfte: Viljeserklæring, der i medfør af retssystemets almindelige regler eller en tidligere aftale mellem parterne anerkendes som gyldigt udtryk for en parts intention om at forpligte sig retligt, og som derfor lægges til grund som retsgrundlag i overensstemmelse med sit indhold. Det essentielle i løftebegrebet er, at det udløser en fremtidig begrænsning i løftegiverens frihed til at handle. Til gengæld herfor opnår løftegiveren typisk en modydelse.

Lønarbejde: Ud over sin almindelige betydning (personligt arbejde, for hvilket der svares vederlag i form af løn) anvendes dette ord til at betegne en aftale, hvorved den ene part (hovedleverandøren) overlader det til en anden part (underleverandøren) at bearbejde et materiale med henblik på herefter at levere dette tilbage til hovedleverandøren. Aftaler om lønarbejde indgås f.eks. i tilfælde, hvor underleverandøren råder over det specialværktøj, der skal anvendes ved bearbejdningen.

Markedsføringsloven: Lovbekendtgørelse nr. 1216 af 25. september 2013 med senere ændringer.

Maskinklausul: Et vilkår i en aftale om levering af et teknisk anlæg, hvorefter visse misligholdelsesbeføjelser (f.eks. erstatning og ophævelse) afskæres og erstattes med andre beføjelser (f.eks. ret til udbedring eller omlevering).

Mediation: En form for forligsmægling, der indebærer, at mægleren forholder sig til de interesser, der ligger bag de tilsyneladende uforenelige krav, parterne har præsenteret over for hinanden, med det formål at finde løsninger, som i højere grad kan tilgodese begge parter interesser.

Mestbegunstigelsesklausul: Vilkår i en aftale, hvorved leverandøren lover kunden ikke at give andre kunder bedre vilkår end fastsat i aftalen. Et eksempel på en mestbegunstigelsesklausul (eng.: *most favoured customer's clause*) findes i pkt. 8.2 i de tidlige statslige it-kontrakter (K18 og K33).

MFL: Markedsføringsloven, s.d.

Multi-sourcing: Outsourcing (s.d.) der involverer en flerhed af samvirkende leverandører.

Mægling: Ligeom mediation er mægling en foranstaltning, der indebærer brug af en troværdig tredjepart, som begge parter har tillid til, som middel til at løse en uoverensstemmelse mellem to parter, A og B. Ved *mægling* forstås traditionelt det forhold, at tredjeparten placerer sig mellem A og B med det formål at få dem til at kommunikere mere effektivt. Udgangspunktet for en mægling er således de krav og ønsker, som parterne selv har formuleret. *Mediation* adskiller sig herfra, ved at tredjeparten søger at gå bagom de krav, parterne i første række har formuleret, for om muligt at finde en løsning, der tilgodeser begge parter interesser uden at give køb på nogen af disse.

NJA: Nytt Juridisk Arkiv. Svensk domssamling.

NJM: Forhandlingerne ved De Nordiske Juristmøder. Forkortelsen anvendes om de skriftlige beretninger fra juristmøderne, der i øvrigt er tilgængelige fra www.jur.ku.dk/njm. Henvisningerne til NJM I omfatter de skriftlige referater og NJM II gengivelsen af de mundtlige juristmødeforhandlinger.

NL92: Almindelige leveringsbetingelser for leverancer af maskiner og andet mekanisk elektrisk og elektronisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande. Forgængere: NL79 og NL85.

NLM 84: Almindelige betingelser for levering og montage af maskiner og andet elektrisk udstyr mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige. Udarbejdet af den nordiske jern- og metalindustri. Indeholder en bearbejdning af ECE 188A (s.d.). Dokumentet forelå først som NLM 61. I Finland, Norge og Sverige anvendes nyere versioner af NLM 84 (senest NLM 10). Fordi danske forsikringselskaber ikke har ønsket at påtage sig den forsikringsdækning, der forudsættes heri, benyttes disse versioner ikke i Danmark.

NLS95: Almindelige leveringsbetingelser for leverancer af mængdevarer af standardtype såsom mekaniske, elektriske og elektroniske komponenter, skruer og søm mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige samt inden for disse lande (1995). Udgivet i 1995 af Hovedorganisationen *Dansk Industri*,

Danmark, *Metalliteollisuuden Keskusliitto – Metalindustriens Centralförbund r.y.*, Finland, Teknologi-bedriftenes Landsforening, Norge samt Sveriges Vekstadsindustrier, Sverige. Tidligere version: NR 84.

NR 06: Almindelige betingelser for reparation. Udgivet 2006 af *Dansk Industri*, Danmark, *Teknologiategollisuus-Teknologiindustrin*, Finland, *Norsk Industri*, Norge og *Teknikföretagen*, Sverige. Tidligere version: NR 84.

NTK 05: Norsk Totalkontrakt 2005. Standardaftaledokument udarbejdet af en række interesseorganisationer med berøring til den norske olieindustri. Efterfølger tidligere versioner.

NU 06: Almindelige betingelser for vedligeholdelse og reparation. Udgivet 2006 af *Dansk Industri*, Danmark, *Teknologiategollisuus-Teknologiindustrin*, Finland, *Norsk Industri*, Norge og *Teknikföretagen*, Sverige. Tidligere version: NR 84.

Operational leasing, se Leasing.

Ophavsretsloven: Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014.

Ophævelse: Det ophør af en aftales retsvirkninger, der indtræder i konsekvens af den ene parts meddelelse til den anden part om, at han under henvisning til en nærmere angiven misligholdelsesgrund og en hertil hørende ophævelses hjemmel "hæver" aftalen.

Ophør: Det forhold, at en aftaleretlig retsvirkning ikke længere er gældende. Som andre aftaleretlige retsvirkninger indtræder ophør ikke nødvendigvis på samme tid i relation til aftalens forskellige regler. Typisk ophører parternes loyalitetsforpligtelser længe efter, at deres primære aftalepligter (f.eks. levering og betaling) er ophørt.

OPP: Forkortelse for Offentlig-privat partnerskab. En samarbejdsaftale mellem en offentlig myndighed og en privat virksomhed (eller et konsortium af private virksomheder), der indbefatter en samlet aftale om design, etablering, drift og privat finansiering af en bygning eller et anlægsarbejde i en fastsat længere årrække.

Opsigelse: Det ophør af en aftales retsvirkninger, der sker ved den ene parts meddelelse til den anden og med hjemmel i aftalen selv eller en anden aftaleregul. Modsat ophævelsen

indebærer det at opsigse en aftale ikke en sanktion i anledning af misligholdelse.

Option: Mulighed. Aftale, der giver den ene part ret til (mulighed for) at indgå en aftale med en anden part efter på forhånd givne principper. Fordi optionen dermed udgør et haltende retsforhold, vil den berettigede normalt erlægge et vederlag herfor. Man sonderer mellem *call optioner*, der giver den berettigede ret til at erhverve et formuegode, og *put optioner*, der giver den berettigede (i rollen som indehaver af et formuegode) ret til at sælge formuegodet, typisk til et bestemt beløb.

Ordregivende myndighed: Almindelig betegnelse for en offentlig myndighed, der på grundlag af en forudgående offentlig udbudsforretning forbereder sig på at indgå aftale med (afgive ordre til) en modpart, der har afgivet tilbud på grundlag af udbudsforretningen.

ORGALIME: Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes. Den europæiske jernindustrijs fællesorganisation. Sammenslutning bestående af de ledende brancheforeninger inden for jern- og metalindustrien i 15 europæiske lande. ORGALIME danner et forbindelsesled mellem disse brancheforeninger i økonomiske, juridiske, tekniske og andre spørgsmål af betydning for de industrier, som de repræsenterer, og er først og fremmest kendt for sine talrige standardkontrakter til brug for distribution af varer.

Outsourcing: Udskillelse af en del af driften af en virksomhed eller en myndighed, så opgavevaretagelsen og ansvaret herfor kommer til at påhvile en udefrakommende tjenesteyder. Se også Facility management.

PAL: Produktansvarsloven, s.d.

Partnerselskab: (forkortet P/S). Juridisk person bestående af to grupper af selskabsdeltagere: en komplementargruppe, der hæfter personligt, ubegrænset og principalt, og en kommanditistgruppe, der enten består af et aktieselskab, hvis fulde kapital er indskudt i partnerselskabet, eller flere kommanditaktionærer, der hver for sig har indskudt en bestemt kapital fordelt på aktier. Partnerselskabet, der tidligere betegnedes som "kommanditaktieselskabet", er omtalt i SL § 5, nr. 21.

Patentloven: Lovbekendtgørelse nr. 191 af 1. marts 2016.

PECL: Principles of European Contract Law. Kodifikation af europæiske retsprincipper på formuerettens område, udarbejdet af CECL (s.d.).

Persondataloven: Lov nr. 429 af 31. maj 2000 om behandling af personoplysninger med senere ændringer.

Praktisk aftaleret: Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret, 4. udg. (2015).

Produktansvarsloven: Lov om produktansvar, jf. lovbekendtgørelse nr. 261 af 20. marts 2007.

Projekt: En samlet betegnelse for en række systematiserede arbejdsopgaver, der inden for en afmålt tidshorisont og under visse givne ressourcer skal lede frem til et bestemt resultat. Skal projekter opfylde deres formål, må de styres. En del af denne styring fastlægges i aftaler.

Præambel: Fortekst, eng. *recitals*. Indledende tekst, der fører frem til og introducerer en forpligtende tekst. I aftaleretten anvendes præambelskrivning ofte til at introducere baggrunden for en kompleks aftale. I internationale tekster (f.eks. EU-retlige direktiver og forordninger) anvendes præambelen ligeledes til at resumere indholdet af den ledsagende tekst.

Prækvalifikation: Betegnelse for en forhåndsgodkendelse af en kommende aftalepart, der sker med henblik på senere mulig aftaleindgåelse og i overensstemmelse med forud fastsatte kriterier. Begrebet anvendes dels om prækvalifikation, der blot besluttet *de facto*, og om prækvalifikationer, der finder sted efter en forudgående formel procedure, f.eks. som led i en offentlig udbudsforretning (prækvalifikation *de jure*).

P/S, se Partnerselskab.

Put option: En option (s.d.), der giver dens indehaver (den berettigede) ret til at sælge et aktiv til modparten (den forpligtede).

Påbud: Viljeserklæring, der på grundlag af en hjemmel (et påbudsgrundlag) pålægger sin modtager en pligt eller handlefrihedsbegrænsning.

RCF: Revolverende kreditfacilitet.

Record keeping: Arkivhåndtering. Betegnelse for de handlinger, hvorved en part sikrer sig beviset for dokumenterbare handlinger.

Der er mange måder at "arkivere" sin dokumentation på: Man kan f.eks. gemme sin korrespondance, så den kan findes frem igen, være omhyggelig med, hvad man skriver, reagere på andres referater og dokumentation, udarbejde mødereferater, føre dagbog og logbog, og i det hele have blikket rettet imod senere at skulle bevise sin adfærd over for en dømmende instans.

Redundans: Gentagelse af information, der kommunikeres uden sigte på at præcisere den eller frembringe anden information. Når man kommunikerer, bør man undgå redundans – dels fordi der ingen grund er til at have den overflødige information, dels fordi den kan medføre tvetydigheder.

Refusionsopgørelse: Regnskabsmæssig oversigt, der tilbagefører (*refunderer*) de omkostninger, som parterne i en transaktion har afholdt hen over en skæringsdato, således at en del af det afholdte beløb dækker en periode, hvor den anden part har haft rådighed over transaktionens genstand. Opgørelsen munder herefter ud i et nettobeløb, som den ene part herefter skal *refundere* til den anden. Refusionsopgørelser udfærdiges f.eks. i aftaler om køb af fast ejendom og virksomheder samt aftaler om outsourcing.

Regningsarbejde: Arbejde, der vederlægges med det beløb, der fremgår af en opgørelse ("regning"), som leverandøren udsteder efter arbejdets afslutning. Opgørelsen kan enten udspringe af leverandørens skøn eller bygge på en fikseret vederlæggelse efter forbrugt tid og mængde ("*time and material*").

Reburs: Betalingsløfte afgivet af et pengeinstitut efter instruktion fra en kunde (ordregiver). Ved rebursen forpligter pengeinstituttet sig til at betale et beløb til en tredjepart (beneficianten, der f.eks. kan være sælgers pengeinstitut), når denne præsenterer en dokumentation, der opfylder de betingelser, ordregiveren har stillet. Rebursen kommer dermed til at fungere som en betalingsmåde, som er særlig velegnet i distancehandel, hvor varen nødvendigvis må passere undervejs fra sælger til køber uden parternes umiddelbare kontrol.

Renteloven: Lov om renter og andre forhold ved forsinket betaling mv. (renteloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 459 af 13. maj 2014.

Representation (eng.): Udtalelse om et faktisk forhold, der afgives som led i eller i forbindelse med en aftale. Formålet er ikke, at udtalelsen nødvendigvis skal fremkalde retsvirkninger. Ofte vil udtalelsen dog indgå som grundlag for modtagerens beslutning om at indgå aftalen. En manglende opfyldelse vil da indebære, at der foreligger misligholdelse.

Resolutiv betingelse: Af lat.: *resolvere* = opløse. En betingelse, hvis indtræden indebærer, at en eksisterende ret eller aftale ophører, når betingelsen realiseres. Et eksempel herpå kan være pligten til at betale licensafgift for et patent, som er betinget af, at patentet opretholdes.

Restatement: *American Law Institute* har udsendt en serie bind, der fortæller, hvorledes retsstillingen er på forskellige områder, hvorledes retsstillingen ændres, og hvordan instituttet mener, at den bør ændres. Disse *restatements* (der f.eks. angår *Contracts* og *Torts*) har stor retskildemæssig betydning i amerikansk ret.

Retshandel: Nedarvet betegnelse for en persons retsstiftende handling i medfør af formueretlige regelsæt (burde for så vidt være betegnet "retshandling"). Både viljeserklæringer (f.eks. løfter, accepter, forbud og pålæg) og gensidigt bebyrdende aftaler er retshandler.

Risiko: Begrebet risiko benyttes i to forskellige betydninger. I en faktisk betydning udtrykker en "risiko" sandsynligheden for, at en uønsket hændelse indtræder. Begrebet giver i den forstand kun mening, hvis det sættes i forhold til en hændelse og til en part, for hvem hændelsen er uønsket. At risikoen for X er høj eller lav, beskriver, hvilken sandsynlighed der består for, at hændelsen X indtræder. I en retlig betydning udtrykker det konsekvenserne af, at en faktisk risiko realiseres. At A "bærer" en risiko for hændelsen X, betyder altså, at A (og ikke B) må bære konsekvenserne af X (hvis X indtræder).

Romkonventionen: Konvention af 19. juni 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser. Indført i dansk ret ved lov nr. 188 af 9. maj 1984.

R&R: Revision og Regnskabsvæsen (tidsskrift udgivet af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer).

Rt.: Rettstidende. Norsk Domssamling.

RWI: Representations and Warranty Assurance. Forsikringsprodukt tegnet som led i virksomhedsoverdragelse med sigte på at erstatte sælgers hæftelse med en forsikringsdækning.

Saving clause, se *Severability clause*.

SDR: Special Drawing Rights (dvs. særlige trækningsrettigheder). Værdienhed anvendt af Den internationale Valutafond. SDR anvendes bl.a. ved erstatningsopgørelsen i CMR-loven og Søloven.

Selskabsloven: Lov om aktie- og anpartsselskaber, jf. lovbekendtgørelse nr. 1089 af 14. september 2015.

Service level agreement: Almindeligt anvendt betegnelse for aftale indgået i forbindelse med outsourcing af driftsfunktioner (f.eks. it eller rengøring), hvorefter kunden erhverver et serviceniveau ("*service level*") baseret på en række på forhånd beskrevne tekniske ydelser. Beskrivelsen af dette serviceniveau, der ofte er indeholdt i leverandørens produktliste, er aftalens omdrejningspunkt. Aftaler om ASP indgås ofte som *service level*-aftaler.

Severability clause: også kaldet Saving clause. Vilkår om at de dele af en aftale, der ikke rammes af en ugyldighedsgrund eller af præceptiv lovgivning, fortsat skal være gyldige.

Shareholder value: Ofte drøftet tankegang i nyere managementtænkning, hvorefter ledelsen af en virksomhed fokuserer på det langsigtede afkast til virksomhedens aktionærer. Afkastet defineres dermed ikke alene som virksomhedens markedsværdi (dvs. børskurs), men også efter det løbende udbytte, der betales.

Skatteforbehold: Vilkår i aftale, der gør dennes gyldighed helt eller delvis betinget af bestemte skatteretlige virkninger, eventuelt således at vilkåret modificerer det aftalte eller lægger op til genforhandling, såfremt de nævnte virkninger ikke indtræder.

SL: Selskabsloven, s.d.

SOU: Statens Offentlige Utredningar. Svensk samling af betænkninger.

Stakeholder: "Interesseret part". Almindeligt benyttet betegnelse for en part, der i kraft af sin interesse i en virksomhed (f.eks. som aktionær, medarbejder, kreditor, nabo, deltager i et lokalt miljø eller på anden måde) kan nære rimelig grund til at forvente hensyntagen i virksomhedens dispositioner.

Standard: En teknisk specifikation, som er godkendt af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen og konstant anvendelse, men hvis overholdelse ikke er obligatorisk i retlig betydning, medmindre der foreligger særskilt hjemmel herfor. Standarder findes inden for alle livsområder og indebærer, at produkter og fremgangsmåder bliver ensartede og dermed lettere at anvende, markedsføre, sikre o.m.a. Kvalitetscertificering kan f.eks. ske på grundlag af standarder (f.eks. ISO 9000).

Suspensiv betingelse: En betingelse, hvorefter retsfølgen ikke indtræder, før betingelsen er realiseret. Et eksempel herpå er ejendomsretten til en fast ejendom, som ved et betinget skøde først går over til køber, når købesummen er betalt.

SvJT: Svensk Juristtidning. Tidsskrift.

Synergi: Oprindelig sammenskrivning af de græske ord "syn" = sammen og "ergon" = arbejde, men efterhånden alment brugt henvisning til den særlige energi, der udspringer af et samarbejde, og som overstiger den, som hver af samarbejdets parter præsterer. To kreative personer kan i enrum hver for sig frembringe ét resultat, men når de arbejder sammen, kan den gensidige inspiration forstærke denne kreativitet, hvorved synergien opstår. Den gensidigt bebyrdende aftale næres af den synergi, der foreligger, i og med at hver af aftalens parter oplever medkontrahentens modydelse som mere værdifuld end partens egen ydelse, for hvorfor ellers indgå aftalen?

Systembegreb: Et begreb, der defineres ved et særskilt regelsæt (f.eks. KBL), eller som har et utvivlsomt meningsindhold i den retlige terminologi. Ved at betjene sig af systembegreber kan juristen indbygge præliminære overvejelser, der ligger til grund for dette regelsæt, i sit udsagn om en retstilstand. Culpa er f.eks. et systembegreb.

TEUF: Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.

Tie-in clause: Vilkår, der påbyder den, der erhverver en ydelse (f.eks. en maskine eller teknologisk information under en licensaftale), kun at erhverve reservedele, råmateriale, halvfabrikata eller vedligeholdelsesydelser fra en på forhånd udpeget leverandør.

Tie-out clause: Vilkår, der påbyder en aftalepart at afstå fra at indgå aftale med andre end en på forhånd udpeget medkontrahent. Anvendes f.eks. i forbindelse med licensaftaler.

Tilbudsloven: Lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, jf. lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 med senere ændringer.

Tilsikring: Garanti. Løfte om, at løftemodtageren opnår en bestemt retsstilling (f.eks. at modtage en erstatning), såfremt visse forhold indtræder (f.eks. at en solgt genstand er mangelfuld). Formålet med at "garantere" eller "tilsikre" noget er normalt at opnå sikkerhed for, at retsvirkningen indtræder.

Time and material: Vederlæggelse, der sker på grundlag af en opgørelse over omfanget af den tid og af de ingredienser, der er forbrugt i ydelsen.

Transaktion: Indbegrebet af de faktiske og retlige præstationshandlinger, der udfolder sig, når værdier overføres mellem parter. Hvor *aftalen* (s.d.) er de partsvedtagne *retsregler*, der regulerer transaktionen, er transaktionen det faktum, aftalen tager sigte på.

Tying clause (også kaldet *tying arrangement*): Aftalevilkår, hvorefter en part forpligter sig til at købe visse produkter og ydelser (*the tied product*) hos en aftalepart, som ikke har nogen sammenhæng med det formål, aftalen i øvrigt tilgodeser. Sådanne vedtagelser kan ofte angribes efter konkurrenceretlige regler.

Udbudsbekendtgørelse: Meddelelse fra ordregivende myndighed (s.d.), hvorved myndigheden gør offentligheden bekendt med, at der ønskes bud på et arbejde.

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law – FN's kommission for international handelsret, nedsat som et organ under FN's generalforsamling. UNCITRAL står bag en række konventioner og modelaftaler på formuerettens område, der tilsigter at kodificere den internationale handelsret.

UNCTAD: United Nations Conference on Trade And Development. Etableret i 1964 som et organ under FN's generalforsamling. UNCTAD har bl.a. vedtaget en Code of Conduct on Transfer of Technology.

UNIDO: United Nations Industrial Development Organization.

Unidroit: International Institute for the Unification of Private Law. Internationalt institut med mere end 50 medlemslande, placeret i Rom. Unidroit arbejder på harmonisering af formueretten og har bl.a. udarbejdet modelkonventioner om factoring og leasing (begge i Ottawa 1988) og et sæt Principles of International Commercial Contracts (1994, 2010).

Varemærkeloven: Lovbekendtgørelse nr. 192 af 1. marts 2016.

Venture: Engelsk: virksomhed. Anvendes almindeligvis sammen med andre begreber, f.eks. joint venture, s.d., eller venturefinansiering, s.d.

Venturefinansiering: Virksomhedsfinansiering baseret på risikovillig kapital, der stilles til rådighed af en kreditgiver, der samtidig bliver aktionær, og som følger virksomhedens drift meget nøje.

Warranty: Et løfte, hvorved afgiveren lover, at et forhold er som angivet i løftet, uden at udtale sig om retsvirkningerne heraf. Ofte vil aftalen dog andetsteds knytte særskilte retsvirkninger hertil. Se også *Representation*.

Ægtefælleskifteloven: Lov om ægtefælleskifte, nr. 594 af 14. juni 2011.

Ændringsordre: Betegnelse for den ordre, realkreditor har ret til at afgive i et aftaleforhold, der ensidigt giver realkreditor ret til at iværksætte en ændring af leverancen med heraf følgende korrigeret leveringspligt for realdebitor. I den norske standardkontrakt NTK 07, der anvendes inden for olieindustrien, findes en detaljeret regulering af, hvilken retsstilling der indtræder, når realkreditor ("selskabet") afgiver en sådan ordre.

Årsregnskabsloven: Lovbekendtgørelse nr. 1580 af 10. december 2015.

Litteratur

- Advokatsamfundet: Vejledning i afgivelse af legal opinions (september 2000).
- Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen: Børsretten, 5. udg. (2014).
- Lars Olav Askheim, Marius Gisvold & Jan Kaare Tapper: Kontrakter i petroleumsvirksomheden. Oslo (1983).
- Lars Olav Askheim, Baard Bale, Karl-Johan Gombrii, Are Herrem, Olav Kolstad, Christian Lund, Trond Sanfelt, Georg Scheel & Arne Falkanger Thorsen: Skipsfart og samarbeid – Maritime joint ventures i rettslig belysning. Sjørettsfondet, Oslo (1991).
- Claes I. Alvstam: Praktisk Affärsjuridik med formulär. 4:de upplagan. Norstedts Juridik, Stockholm (1994).
- Egil Lego Andersen: Kontrakter om virksomhedskøb (1991).
- Egil Lego Andersen: Aktiehandelsaftaler (2002).
- Erling S. Andersen, Kristoffer V. Grude & Tor Haug: Måltrettet projektstyring (Dansk udg., 1989).
- Flemming Horn Andersen, Niels W. Brorson & Holger Schöer: FIDIC – International entrepriseret i et dansk perspektiv (2003).
- Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand, 6. udg. (2012).
- Lennart Lynge Andersen & Peer Schaumburg-Müller: Tegning og fuldmagt – nogle hovedspørgsmål (2010).
- Mads Bryde Andersen: Advokatretten (2005).
- Mads Bryde Andersen under medvirken af Jesper Mark: Dansk Pensionsret (2013).
- Mads Bryde Andersen: Edb og ansvar (1988).
- Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, Aftaleretten I, 4. udg. (2013).
- Mads Bryde Andersen: IT-retten, 2. udg. (2005).
- Mads Bryde Andersen: Lov om arbejdstageres opfindelser med kommentarer (1995).
- Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret, Aftaleretten II, 4. udg. (2015).
- Mads Bryde Andersen: Ret og metode (2002).
- Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I. Ydelsen. Misligholdelse, 4. udg. (2015).
- Peter Arendorff: Erhvervslivets kontraktåndbog (1990).
- Peter Arendorff: Franchising i praksis (1991).

- Gerlinde Berger-Walliser & Kim Østergaard (red.): Proactive Law in a Business Environment. Djøf Publishing (2012).
- Gregory J. Battersby & Charles W. Grimes: Licensing Royalty Rates. Aspen Publishers, Frederick (2011)
- Jesper Berning: Finansieringsret (1977).
- Erika P. Björkdahl: Lojalitet och kontraktliknande förhållanden. En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter. Iustus Förlag, Uppsala (2007).
- Gary Blake & Robert W. Bly: The elements of business writing – a guide to writing clear, concise letters, memos, reports, proposals, and other business documents. Macmillan publishing Co., N.Y. (1991).
- Michael Blakeney: Legal aspects of the transfer of technology to developing countries. ESC Publishing, Ltd. Oxford (1989). John Blendstrup & Per Midtgaard: Køb og salg af virksomhed – herunder revisors rolle (1993).
- Jørgen Blomqvist: Overdragelse af ophavsrettigheder (1987).
- Jørgen Boe: Direktørens modelkontrakt – med variationer. Thomson Paradigma (2001).
- Jørgen Boe, Claus Juel Hansen & Jens Lund Mosbek: Direktørkontrakten. Rettigheder, pligter, ansvar, 8. udg. (2016).
- Edward de Bono: Opportunities. Penguin books, London (1991).
- Herman Bruserud: Hardshipklausuler. Fakkbokforlaget, Bergen (2010).
- Anders Vestergaard Buch & Jacob Møller (red.): Projektudvikling af fast ejendom – en håndbog for praktikere (2005).
- Stuart G. Bugg: Contracts in English – an introductory guide to understanding, using and developing “Anglo-American” style contracts. Beck, Helbing og Djøfs forlag, 2010.
- Bent K. Carlsen, Jesper Lau Hansen & Jens Møller (red.): Juridisk formularbog, 16. udg. (2004).
- Hanne Christensen: Sponsorering – alt hvad der er værd at vide (1992).
- Jan Schans Christensen: Grænseoverskridende virksomhedsoverdragelser – tilrettelæggelse, forhandling, aftaleudarbejdelse og opfølgning (1998).
- Jan Schans Christensen: Kapitalselskaber – aktie- og anpartsselskabsret, 4. udg. (2014).
- Erik Wendelboe Christiansen & Finn Schwarz: Konkurrencebegrænsningsaftaler i ansættelsesretten – konkurrence- og kundeklausuler (1999).
- Nis Jul Clausen & Camilla Hørby Jensen: Sikkerhed i fordringer, 7. udg. (2014).
- Børge Dahl & Peter Møgelvang-Hansen: Garantier. Forbrugerbeskyttelse og forbrugerproblemer i de nordiske lande (1985).
- Dansk Handel & Service: Arbejde uden grænser – et værktøj til udstationering (Dansk Handel & Service, februar 2003).

- Dansk Industri i samarbejde med advokatfirmaet Bech-Bruun & Trolle: Forsknings- og Udviklingsarbejder – en praktisk vejledning (1992).
- Dansk Standard: Standarder for kvalitetsstyring og kvalitetstyringssystemer. DS-håndbog 14 (1989).
- Bengt Domeij: Patentavtalsrätt, andra upplagan. Norstedts Juridik, Stockholm (2010).
- Nicolai Dragsted, Ole Horsfeldt, Jesper Langemark & Claus Sørensen: K01 med kommentarer (2004).
- Nicolai Dragsted, Ole Horsfeldt, Jesper Langemark & Claus Sørensen: K02 med kommentarer (2008).
- ECE: Guide on drawing up contracts for large industrial works, ECE/TRADE/117 (1973).
- ECE: Guide for use in drawing up contracts relating to the international transfer of know-how in the engineering industry. ECE/TRADE/222/rev. 1 (1987).
- ECE: Guide for drawing up international contracts between parties associated for the purpose of executing a specific project ECE/TRADE/131 (1979).
- ECE: Guide for drawing up international contracts on industrial co-operation. ECE/TRADE/124 (1976).
- Uggi Engel: Offshore kontrakter – en vejledende sammenligning. Udgivet af Formidlingsrådet under Teknologistyrelsen (1984).
- Jens Evald m.fl.: Idræt & Jura (1997).
- Bo von Eyben, Peter Mortensen & Ivan Sørensen: Lærebog i obligationsret II – personskifte i skyldforhold, fordringers ophør, hæftelsesformer, 4. udg. (2014).
- Jens Fejø & Grith Skovgaard Ølykke: EU-konkurrenceret – almindelig del, 5. udg. (2014).
- Martin D. Fern: Warren's Forms of Agreements (8 vol.). Matthew Bender, New York (løsbladssystem, opdateres halvårligt).
- Carsten Fode & Noe Munck: Valg af selskabsform & omstrukturering af selskaber, 3. udg. (2012).
- Magnus Forssman: Företagsöverlåtelse. En introduktion till den legala processen. Norstedts Juridik, Stockholm (2011).
- Formidlingsrådet under Teknologistyrelsen: Offshore kontrakter – en vejledende sammenligning. Udarbejdet af Uggi Engel (1984).
- David Frydinger: Det affärsjuridiska hantverket. Arbetet innanför avtalsfrihetens gränser. Norstedts Juridik, Stockholm (2012).
- Arve Føyen, Kristine M. Madsen, Christine Klüwer & Elisabeth Wille: Kontrakter for utvikling av programvare. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo (2006).
- Poul Gade: Finansiell leasing – leje og leasing af erhvervsløsøre (1997).
- Niels Gangsted-Rasmussen: Erhvervslejemål, 8. udg. (2015).

- Niels Gangsted-Rasmussen: Fod på bolden – en bog om fodboldkontrakter, klubskeer og transfersummer (1986).
- Niels Gangsted-Rasmussen: Sådan får du en sponsor. Kort og kontant om fonds- og sponsorstøtte (1995).
- Niels Gangsted-Rasmussen & Michael Holsting: Erhvervslejekontrakten (2000).
- Niels Gesner: Forretningsoverdragelse – herunder køb og salg af virksomheder, restaurationer og butikker, 2. udg. (1989).
- Michael Gjedde-Nielsen & Hans Lykke Hansen: ABR89 – Almindelige bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand. 3. udg. (2013).
- Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk Pedersen & Anders Ørgaard: Almindelig kontraktsret – indgåelse, gyldighed, fortolkning, 5. udg. (2015).
- Bernhard Gomard & Michael Kistrup: Civilprocessen, 7. udg. (2013).
- Bernhard Gomard: Obligationsret – 1. del, 4. omarbejdede udg. (2006).
- Bernhard Gomard: Obligationsret – 2. del, 4. udg. (2011).
- Bernhard Gomard: Obligationsret – 3. del, 2. udg. ved Torsten Iversen (2009).
- Lars Gorton (red.): Due diligence – Garantier och undersökning vid olika avtalstyper. Lund (2002).
- Erlend Haaskjold: Kontraktsforpliktelse, 2. udgave. Cappelen Dammas. Oslo (2013).
- Viggo Hagstrøm: Obligasjonsrett – i samarbeid med Magnus Aarbakke, 2. udg. Oslo (2011).
- Lars Halgreen: Sportsret – EU-retlige og kontraktsmæssige aspekter ved sportsudøvelse i Danmark (2000).
- Johannus Egholm Hansen & Christian Lundgren under medvirken af Michael Nørremark m.fl.: Køb og salg af virksomheder, 5. udg. (2014).
- Jørgen Hansen: Licensaftalen (1981).
- Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Dansk selskabsret 3 – Interessentskaber, 3. udg. (2015).
- Ole Hasselbalch: Den danske arbejdsret, Bind I: Arbejdsrettens almindelige del; Bind II: Ansættelsesretten; Bind III: Kollektivarbejdsretten – *fortløbende paginering* (2009).
- Caroline Heide-Jørgensen: Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret (2009).
- Christina Hultmark: Kontraktsbrott vid köp av aktie – särskilt om fel (1992).
- Christina Hultmark: Upplyningsplikt vid ingående av avtal. Stockholm (1993).
- Kristian Huser: Avtaletolkning (1983).
- Erik Hørlyck: Entreprenørvederlaget (2002).
- Erik Hørlyck: Entreprise. Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed og licitationsloven med kommentarer, 7. udg. (2014).

- Erik Hørlyck: Tilbudsloven med kommentarer, 2. udg. (2006).
- Erik Hørlyck: Tilvirkningskøbet – NLM94, NL92, ECE 188A, ECE 188 (1996).
- Erik Hørlyck: Totalentreprise – Almindelige betingelser for totalentreprise med kommentarer, 3. udg. (2011).
- Jeppe Høyer Jørgensen: Ansattes konkurrencehandlinger – loyalitetspligt og markedsføringslovens §§ 1 og 19 (2010).
- Harald Irgens-Jensen: Bedriftens hemmelighet – og rettighet? Immaterialrett, kontraktsrett og konkurranserett mødes. Universitetsforlaget, Oslo (2010).
- Industrirådet: Vejledning i konsortiedannelse (1980).
- Industrirådet: Underleverandøraftalen. Om aftaler mellem hoved- og underleverandører (1987).
- Torbjörn Ingvarsson: Borgensliknande säkerhetsrätter (Stockholm, 2000).
- Bent Iversen: Handelsagenten og eneforhandleren, 5. udg. (2013).
- Bent Iversen, Lars Hedegaard Kristensen & Lars Henrik Gam Madsen: Panteret, 5. udg. (2015).
- Torsten Iversen: Støtteerklæringer (1994).
- Camilla Højby Jensen (red.), Nis Jul Clausen, Nina Dietz Legind & Hans Viggo Godsk Pedersen: Bankjura, udvalgte emner, 2. udg. (2013).
- Jørn Vestergaard Jensen: Joint ventures i Østeuropa (1986).
- Christian Johansen: Bygherrens ændringsret (1999).
- Kim Jybæk & Palle Rohrsted: Refusion (1993).
- Stig Jørgensen: Kontraktsret 1-2 (1971, 1972)
- Knut Kaasen: Petroleumskontrakter – med kommentarer til NF og NTK 05. Universitetsforlaget, Oslo (2006).
- Mette Klingsten: Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse, 2. udg. (2016).
- Jørn-Ulrik Kofod-Hansen: Leasingkontrakter, 2. udg. (1983).
- Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret, 7. reviderede udg. ved Jens Schovsbo (2005).
- Helge Jakob Kolrud m.fl.: Kommentar til NL92 (1993).
- Philip Kotler, Kevin Lane Keller, Mairead Brady, Malcolm Goodman & Torben Hansen: Marketing Management. Pearson Education Limited, Essex (2009).
- Lars Hedegaard Kristensen: Studier i erhvervsfinansieringsret – sikkerhed i fordringer – efterstillede kreditter (2003).
- Jakob Heidbrink: Logisticavtalet – Almän kontraktsrätt i transporträttslig miljö. Iustus Förlag (Uppsala, 2005).
- Martin Christian Kruhl: Ejerftaler (2011).
- A. Vinding Kruse: Ejendoms køb. 6. udg. ved Jens Møller & Peter Otken (1992).
- Kai Krüger: Pengekrav, 2. utg. Universitetsforlaget, Bergen (1984).

- Ole Lando & Hugh Beale (ed.): Principles of European Contract Law. Part I and II: Performance, non-performance and remedies. Prepared by the Commission on European Contract Law (1995).
- Ole Lando, Elisabeth Thuesen, Christina D. Tvarnø & Kim Østergaard: Udenrigshandelens kontrakter – Internationalt gældende samt vesteuropæisk og amerikansk ret om kontraktsforhold i almindelighed og om løsøre, agentur og eneforhandling, 5. udg. (2006).
- Morten Langer, under medvirken af Morten Phister Ritter: Konkurrence- og kundeklausuler, 4. udg. (2011).
- Morten Langer & Nicole Offendal: Incentives og bonusordninger, 2. udg. (2015).
- Karin Laursen: Erhvervslejeret, 2. udg. ved Kristin Jonasson og Andreas Antoniadis (2013).
- Jordan D. Lewis: Strategiske alliancer. Struktur, etablering og ledelse. København (1991). Oversat fra amerikansk: Partnerships for profit: structuring and managing strategic alliances (1990).
- Stefan Lindskog: Förhandlingsspelet – om affärsförhandling och kontraktsskrivning. Norstedts, Stockholm (1989).
- Halfdan Lowzow, Bjørn Gabriel Reed & Geir Steinberg: Aksjonæravtaler. Oslo (1993).
- Christian Lundblad og Tina Walldén Laursen: Opstart af innovative virksomheder – venturekapital (2007).
- Jørgen Lykkegaard: Handelsagentloven med kommentarer, 2. udg. (2014).
- Palle Bo Madsen: Markedsret, Del 1: Konkurrencebegrænsningsret, 6. udg. (2014).
- Palle Bo Madsen: Markedsret, Del 2: Markedsføringsværn og konkurrenceværn, 6. udg. (2015).
- Palle Bo Madsen: Markedsret, Del 3: Immaterialret, 5. udg. (2008).
- Gregory Matusky and the Philip Lief Group: Home-based franchises (New York, 1992).
- Göran Millqvist: Finansiell leasing. Om det finansielle leasingavtalets civilrättsliga innebörd och reglering. Lund (1986).
- Noe Munck & Lars Hedegaard Kristensen: Selskabsformerne – lærebog i selskabsret, 7. udg. (2014).
- Nick Neonakis (with Aditya Rengaswamy and Sagar Rambhia): The Franchise MBA. Mastering the 4 Essential Steps to Owning a Franchise, www.thefranchisemba.com (2013).
- Morten Schwartz Nielsen & Kristian Buus-Nielsen: Finansiell leasing – en form for finansiering (2011).
- Lars G. Norheim: Franchising, avgangsvederlag og agentur. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo (2003)

- Ernst Nordtveit: Oppdragssamarbeid – Joint Ventures: Samarbeidsformer innenfor entreprenørverksemd, konsulenttenester og leverandørindustri. Alma Mater Forlag AS, Bergen (1990).
- Philip Nyholm & Torsten Lodberg Smed: Aflønning med finansielle instrumenter – økonomi og jura (2000).
- Nørby-udvalget: Rapport om Corporate Governance i Danmark – anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark (Erhvervs- og Selskabsstyrelsen 2001).
- Lena Olsen: Ersättningsklausuler – vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott. Stockholm (1994).
- Jens Paulsen: Arbejdsmarkedsklausuler – Erhvervsbegrænsende og mobilitetshæmmende aftaler (2009).
- Hans Viggo Godsk Pedersen: Kaution, 11. udg. (2016).
- Simon Juul Pedersen: Professionelle sportsudøveres retsstilling i kontraktforhold (2012).
- Jens Paulsen: Ansættelsesklausuler (2016).
- Jens Paulsen: Arbejdsmarkedsklausuler – Erhvervsbegrænsende og mobilitetshæmmende aftaler (2009).
- R. W. Ramage: Kelly's draftsman, fourteenth edition (Buttorworths, London, 1979).
- Christina Ramberg: Kontraktstyper. Nordstedts Juridik (2005).
- Christina Ramberg under medvirken af Richard Ramberg: Aktieägaravtal i praktiken. Norstedts Juridik (2011).
- Jan Ramberg & Christina Ramberg: Almän avtalsrätt, tionde väsentligt omarbetade och utökade upplagan (2016).
- Jan Ramberg: International commercial transactions, Fourth edition. ICC, Norstedts Juridik, Stockholm (2011).
- Ana M. López Rodríguez: Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU (2003).
- Jan Rosén: Upphovsrättens avtal, 3. uppl. Norstedts Juridik, Stockholm (2006).
- Eric M. Runesson: Licens till patent och företagshemligheter i avtals- och kontraktsrätten. Norstedts Juridik, Stockholm (2014).
- Bjørn Saltorp & Erik Werlauff: Kontrakter, 2. udg. (2009).
- Claes Sandgren: Patentlicenser (1974).
- Tor Sandsbraaten: Begrepe "conditions", "warranties", "representations". Project publication no. 5. Institutt for Privatrekt Skriftserie 179 (2009).
- Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff: Vedtægter og ejeraftaler, 3. udg. (2010).
- Karen-Margrethe Schebye: Ansættelsesaftaler, 2. udg. under medvirken af Arvid Andersen og Lykke Petersen. Thomson Paradigma (2002).
- Johan Schlüter, Jesper Bay & Jakob Plesner Mathiasen: Musikaftaler. Thomson Paradigma (2006).

- Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen: Immaterialret – ophavsret, patentret, brugsmodelret, designret, varemærkeret, 4. udg. (2015).
- Lasse Simonsen: Prekontraktuelt ansvar. Det almindelige prekontraktuelle ansvar. Ansvar ved gennemførelse af anbudskonkurranser. Oslo (1997).
- Stig Sohlberg: Franchise-juridik, 3. uppl. Stockholm (2001).
- William Strunk, Jr. & E. B. White: The elements of style, 3rd. edition (1979).
- Tore Strömberg: Rättsordningens byggstenar – Om normtyperna i lag och sedvanerätt. Lund (1988).
- Study Group on a European Civil Code: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) (2008).
- Robert T. Summers & Robert A. Hillman: Contract and related obligation: Theory, doctrine, and practice. West Publishing, St. Paul (1992).
- Michael H. Svendsen: Eneforhandleraftaler. Thomson Paradigma (2003).
- Carl Svernlöv (red.): Internationella avtal – i teori och praktik. Norstedts Juridik, Stockholm (2003).
- Karsten Engsig Sørensen: Joint ventures – Struktur og regulering (2006).
- Karsten Engsig Sørensen: Selskabsstrukturer – Joint ventures, koncerner, grænseoverskridende mobilitet og omstruktureringer (2015).
- Andreas Tamasauskas: Erhvervslivets låneoptagelse (2006)
- Ditlev Tamm: Retshistorie – Danmark – Europa – globale perspektiver (2002).
- Carl Thore Thoresson: Analys av risker i offerter och kontrakt (ett system för granskning av offerter och kontrakt). Juristförlaget. Stockholm (1994).
- Henrik Udsen: De informationsretlige grundsætninger – studier i informationsretten (2009).
- Henrik Udsen: IT-kontraktret (2014).
- Vibe Ulfbeck: Kontraktens relativitet (2000).
- UNCITRAL: Legal guide on drawing up international contracts for the construction of industrial works (1988).
- UNCITRAL: UNCITRAL – The United States Commission on International Trade Law (1986).
- Unidroit: Guide to International Master Franchise Agreements (1998).
- William Ury: Getting past no – negotiating with difficult people (1991). På dansk ved Claus Bech: Gør nej til ja, når du forhandler (1992).
- Henry Ussing: Aftaler, 3. udg. (1950).
- Henry Ussing: Enkelte kontrakter (1946).
- Hans Henrik Vagner: Entrepriseret, 4. udg. under medvirken af Torsten Iversen (2005).
- Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard: Vedtægter og aktionæroverenskomster, 2. udg. (1995).

- Erik Werlauff & Peer Schaumburg-Müller: Udlicitering og medarbejdere, 5. udg. (2011).
- Ole Wiborg, Otto Martinus Nielsen & Bjørn Ryberg: Opfindelser, patenter, licenser (2000).
- Philip R. Wood: Law and practice of international finance – International loans, bonds and securities regulation. London, Sweet & Maxwell (1995).
- Geir Woxholth: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, 9. udg. Gyldendal Akademisk. Oslo (2014).
- Geir Woxholth: Idrettens sponsoravtaler – En analyse av idrettsorganisasjonens, sponsorens og utøverens rettsposisjoner under idrettens sponsoravtaler. Oslo (1993).
- Jannik Woxholth: Aksjonæravtaler, 2. utgave. Gyldendal Juridisk, Oslo (2014).

Domsregister

Nyt Juridisk Arkiv

NJA 1991.217 140
NJA 1992.290 488
NJA 1994.204 185
NJA 2008.24 368

Ugeskrift for retsvæsen

U 1913.484 H 141
U 1921.450 H 85
U 1921.1005 H 85
U 1935.799 Ø 427
U 1943.1063 H 475
U 1944.786 H 128
U 1945.1090 H 264
U 1947.214 Ø 107
U 1950.790 SH 242
U 1951.17 H 85
U 1952.590 V 151
U 1959.965 SH 297
U 1960.41 H 291
U 1960.863 VLK 116
U 1961.424 V 157
U 1964.221 H 395
U 1965.126 H 243
U 1967.650 Ø 32
U 1968.352 V 149
U 1969.894 V 141
U 1970.198 V 349
U 1970.451 H 489
U 1970.671 V 138
U 1970.763 H 116
U 1971.774 H 258
U 1971.820 H 198
U 1971.904 V 107
U 1972.41 H 251
U 1972.788 B 264
U 1972.1053 Ø 59
U 1973.675 H 258
U 1973.920 H 106
U 1974.101 H 251
U 1974.167 H 415

U 1974.299 H 258
U 1974.415 Ø 165, 173
U 1974.557 SH 164
U 1974.654 H 387
U 1974.952 Ø 243
U 1975.218 H 38, 64
U 1975.339 SH 321, 324
U 1976.799 SH 386
U 1976.947 SH 365
U 1977.636 H 176
U 1977.748 V 116
U 1978.205 V 85
U 1978.305 SH 409, 411
U 1978.387 V 349
U 1978.461 H 200
U 1978.546 SH 363
U 1978.576 V 349
U 1978.901 H 198, 266
U 1978.933 H 263
U 1979.168 H 153
U 1979.931 Ø 202
U 1980.42 H 365
U 1980.238 V 212
U 1980.330 SH 384
U 1980.361 H 353
U 1981.8 H 151
U 1981.339 V 171
U 1981.408 H 111
U 1981.874 V 264
U 1981.887 Ø 85
U 1982.4 H 193
U 1982.179 H 475
U 1982.249 SH 32
U 1982.926 Ø 198, 266
U 1982.1019 H 111
U 1982.1129 H 64
U 1983.545 H 446
U 1983.685 H 108
U 1983.813 Ø 171
U 1983.939 V 108
U 1984.48 H 237, 473

U 1984.251 V 498
U 1984.471 H 334
U 1984.555 H 385
U 1984.1032 Ø 173
U 1984.1122 SH 395
U 1985.334 H 292, 293
U 1985.426 V 226
U 1985.831 Ø 306
U 1986.268 SH 399
U 1986.272 SH 243
U 1986.428 Ø 64, 243
U 1986.702 Ø 153
U 1986.737 SH 32
U 1987.153 H 258
U 1987.713 VLK 193
U 1988.264 SH 365
U 1988.619 Ø 446
U 1988.989 H 474
U 1988.1042 H 116
U 1989.53 H 473
U 1989.372 H 350
U 1989.618 V 184
U 1989.970 Ø 383
U 1989.1016 H 436
U 1989.1078 H 85, 86
U 1989.1146 SH 243
U 1990.67 H 202
U 1990.529 H 227
U 1990.748 H 362, 449
U 1991.393 H 334
U 1991.652 H 433, 434, 437
U 1991.797 H 86
U 1991.803 SH 365
U 1992.43 SH 86
U 1992.277 H 263
U 1992.399 H 408
U 1993.11 H 108, 216
U 1993.67 H 135
U 1993.130 H 363
U 1993.180 Ø 198, 266
U 1993.392 HKK 109

U 1993.524 Ø 107	U 2002.2032 H 191	U 2009.3048 H 244
U 1993.669 H 498	U 2003.500 Ø 259	U 2010.1269 V 382
U 1993.696 H 86	U 2003.686 SH 243	U 2010.1514 V 57
U 1993.857 HKK 109	U 2003.1430 Ø 235	U 2010.1658 H 59, 63
U 1993.949 V 151	U 2003.1609 V 235	U 2010.2487 H 456
U 1994.13 V 334	U 2003.1910 ØLK 63	U 2011.115 H 460
U 1994.126 V 151	U 2003.1916 Ø 201	U 2011.263 H 204
U 1994.146 Ø 361, 489	U 2003.1920 ØLK 63	U 2011.284 V 202
U 1994.228 H 154	U 2003.2151 H 383	U 2011.380 Ø 258
U 1994.330 Ø 166	U 2004.148 H 363	U 2011.639 SH 292
U 1994.349 H 198, 266	U 2004.2400 H 202	U 2011.805 H 225
U 1994.470 H 184, 186	U 2004.2894 H 202	U 2011.819 H 225
U 1994.571 V 216	U 2004.2945 H 475	U 2011.831 H 225
U 1994.698 H 104	U 2005.260 H 86	U 2011.955 H 198
U 1994.818 H 191	U 2005.1414 Ø 226	U 2011.973 H 80, 81
U 1994.876 H 86	U 2005.1564 H 360	U 2011.1005 H 373
U 1995.387 Ø 383	U 2005.2408 H 362, 449	U 2011.1857 V 271
U 1995.500 H 109	U 2005.3325 H 169	U 2011.2266 HK 63
U 1995.624 H 243	U 2005.3332 H 226	U 2011.2654 H 75, 77, 209
U 1995.663 H 373	U 2006.1809 V 383	U 2011.2726 H 185
U 1995.803 ØLK 47	U 2006.2667 H 258	U 2012.120 H 205
U 1996.209 H 385	U 2006.3191 Ø 59, 63	U 2012.177 H 171
U 1996.209 V 264	U 2007.130 H 86	U 2012.420 Ø 225
U 1996.271 H 86	U 2007.678 Ø 129	U 2012.1543 V 399
U 1996.740 SH 243	U 2007.1219 H 443	U 2012.1543 VLK 489
U 1997.1297 Ø 489	U 2007.1731 V 36, 210, 488	U 2012. 2081 H 176
U 1998.160 Ø 243	U 2007.1938 SH 224	U 2012.2474 VLK 59
U 1998.170 Ø 243	U 2007.1945 V 224, 227	U 2012.3007 H 434, 437
U 1998.907 H 433	U 2007.1949 V 202	U 2012.3671 SH 408
U 1998.1289 H 184, 186	U 2007.2507 V 303	U 2013.532 H 365, 367
U 1998.1507 H 162	U 2008.100 ØLK 260	U 2013.736 H 364, 365
U 1999.401 H 166	U 2008.410 H 258	U 2013.1107 H 119
U 1999.1943 H 375	U 2008.611 V 202	U 2013.1538 SH 356
U 1999.1969 H 191	U 2008.1220 H 369	U 2013.2041 H 167
U 1999.2093 Ø 205	U 2008.1466 Ø 258	U 2013.2849 V 201
U 2000.567 H 363	U 2008.1473 Ø 176	U 2014.116 H 176
U 2000.1581 H 365	U 2008.1974 H 243	U 2014.139 H 475
U 2000.1802 H 369	U 2008.2036 V 383	U 2014.2272 Ø 110, 111
U 2000.2536 Ø 201	U 2008.2167 H 447	U 2014.2867 H 370, 373, 376
U 2001.556 H 162, 166	U 2008.2635 SH 357, 362	U 2015.197 V 35
U 2001.1011 H 210, 372, 488	U 2009.26 V 258	U 2015.225 V 236
U 2001.1309 H 370	U 2009.47 V 58	U 2015.1152 V 200
U 2001.1543 H 154	U 2009.437 H 308	U 2015.2670 V 108
U 2001.1666 H 370	U 2009.1214 H 372	U 2015.3000 V 116
U 2002.25 H 352	U 2009.1512 H 182	U 2015.3294 H 409
U 2002.182 V 165, 166	U 2009.2180 H 362, 449	U 2016.585 V 105
U 2002.765 H 49	U 2009.2487 H 488	U 2016.887 SH 408, 419
U 2002.1224 H 436	U 2009.2666 Ø 242	U 2016.1313 V 378
U 2002.1431 H 264	U 2009.2800 SH 202	

Emneindeks og lovregister

A

“a man and a van”, 485

AB92

– generelt, 22, 283, 337 f.

§ 9, 339

§ 10, 285

§ 12, 292

§ 14, 338

§ 22, 336, 338, 339

§ 28, 289, 336

§ 29, 289, 290

§ 32, 289

§ 36, 336

§ 37, 289

§ 38, 289

§ 39, 289, 290

ABL95, 163 f.

§ 1, 160, 167

§ 2, 167

§ 3, 168

§ 7, 165

§ 9, 171

§ 10, 171

§ 11, 172

§ 15, 170 f.

ABR89

– generelt, 283

pkt. 2.3.2, 211

pkt. 3.1, 263

pkt. 6.2, 258

pkt. 7.1.1, 259

pkt. 7.2.1, 259

abonnement

– begreb, 348 f.

– betaling, 349

– brugsrettigheder, 347

– driftsafbrydelse, 349

– forsyningsafbrydelse, 349 f.

– opsigelse, 350

– vedligeholdelse, 327 f.

– ændringsret, 350

AB-Forbruger, 337

ABSservice, generelt, 283

ABT93, 338

accessorium, se også biforpligtelse, 195, 391

adgangskontrol, 400

administrativ outsourcing

– anvendelsesområde, 274 f.

– begreb, 274 f.

– factoring som, 175

– finansiel virksomhed, 306

– formål, 299 f.

– generelt, 299 ff.

– licens (edb-program),
302 f., 302 f., 317 f., 319,
321 f.

– lønbogholderi, 301

– myndighedskontrol, 305 f.

– offentligretlige opgaver,
504 f.

– ophør, 306

– opsigelse, 306

– persondatabeskyttelse, 306

– programlicens, 302 f., 317 f.

– tilrettelæggelse, 301 f.

– vedligeholdelsesaftaler, se
vedligeholdelse

advokatforbehold, 334

advokatrådgivning, 257, 259,

261 263, 269, 272 f., 274,
402, 410, 487

advokatselskaber, 30, 487

afbestilling (rådgivningsydelse), 259

afklaringsfase, 287 f.

aflevering, se også levering

– afleveringsprotokol (AB92),
290 f.

– afleveringsprøve, 289 ff.

– begreb, 288

– eftersynsprotokol (AB92),
289 f.

– godkendelse, 291 f.

– produktionsoutsourcing,
296 f.

– retsvirkning, 291 f.

– tilrettelæggelse, 289

aftalebrev, 260

aftalelicens, 428

aftaleloven

§ 6, 222

§ 10, 57, 212, 367

§ 16, 270

§ 17, 269

§ 18, 270

§ 25, 270, 275

§ 26, 275

§ 36, se generalklausulen

afskedigelsesprocedure, 236

afsætning, se også distribution

– begreb, 340

– erstatningsansvar, 359

– funktion, 340

– generelt, 340 ff.

– risikohåndtering, 345

– tilrettelæggelse, 345

– varighed, 359

aftalefrihed

– ansættelsesaftaler, 214 ff.

– finansiering, 127

– kommissionsaftaler, 377

– konkurrenceklausul, 200 f.,
219 ff., 253 f.

– partnerskab, 48

– rådgiveransvar, 257 ff.

– selskabsretlig, 29, 64, 65,
66, 67 f., 83

aftalekompetence

– formel afgrænsning, 269

– materiel afgrænsning, 267

– mellemmandsforhold,
267 ff.

aftalepraksis (retskildebetydning), 21 ff.

agil metode (it-systemudvikling), 287, 312, 316

akkordarbejde, 211

aktiebrev, se ejerbevis

aktieafløsning, se aktieløn

aktiebytte, 499

aktieløn

- aktieoptionsloven, 75 f., 80, 208 f.
 - bindingsperiode, 81
 - generelt, 74 ff., 208 ff.
 - optjeningsperiode, 80
 - skattespørgsmål, 79 f.
 - udnyttelsesperiode, 77, 78, 79
 - ændringsret, 81
 - aktieoption, 75 ff., 208 ff., 232, 252
 - aktieoptionsloven, 75, 80, 208 f.
 - aktieoverdragelse
 - generelt, 114 f.
 - kendetegn, 95 f.
 - skattevirkning, 96 f., 98
 - aktivopgørelse, 120 f.
 - aktivoverdragelse, 95 f., 105 ff.
 - album, se indspilningsaftale
 - all in-leasing, 158, 162
 - alskyldserklæring, 148, 154
 - ambassadørfunktion, 110, 342 f., 358 f., 361 f., 449, 479, 483, 491
 - ambush marketing, 474 f.
 - amortisation
 - gæld, 130, 133, 139 f.
 - leasingydelse, 169, 351
 - anlægsarbejde, 336
 - annonce, se også markedsføring
 - aftalepraksis, 386, 387
 - ansvarsspørgsmål, 385
 - betaling, 386
 - funktion, 385
 - kontaktpunkt, 385
 - ophavsretlig beskyttelse, 384
 - “pakke”, 386
 - strategi, 385 f.
 - annuitetslån, 139 f.
 - anpartshaveroverenskomst, se ejeraftale
 - ansat eller partner
 - franchising, 488
 - generelt, 34 ff., 209 f.
 - ansvarligt lån, 143, 186
 - ansættelsesaftale
 - ansættelsesbrev, 204, 226, 233
 - arbejdspræstationen, 228 f.
 - arbejdstid, 228
 - generelt, 209 ff., 214 ff.
 - hemmeligholdelsespligt, 412
 - hjemmearbejde, 240
 - kendetegn, 214
 - loyalitetspligt, 234
 - opsigelse, 232 ff.
 - påtale, 236
 - retlig regulering, 214 ff.
 - sikkerhedsforskrifter, 234, 235 f.
 - tidsbegrænset, 232 f.
 - tiltrædelsesoverenskomst, 226
 - udstationering, 236 ff.
 - vederlag, se løn
 - lov om, se ansættelsesbevisloven
 - ansættelsesbevisloven
 - 221 ff.
 - § 1, 222
 - § 2, 222 ff., 227
 - § 3, 222, 237 f.
 - § 4, 222
 - § 6, 222 f.
 - ansættelsesbrev, 204, 226, 233
 - ansættelsesklausulollen,
 - generelt, 219 ff.
 - § 1, 205, 208, 220, 222
 - § 2, 222
 - § 3, 204
 - § 4, 205, 207
 - § 5, 202, 220
 - § 6, 220 f.
 - § 7, 202
 - § 8, 220, 221
 - § 9, 221
 - § 10, 221
 - § 11, 202, 219
 - § 18, 220
 - ansættelseslovgivning, 214 ff.
 - anvendelsespatent, 418
 - application service provider, 301
 - arbejdsbeskrivelse, 228 f.
 - arbejdsmarkedsklausuler, 201
 - arbejdsmarkeds Pension, 230 f.
 - arbejdsplan, 339
 - arbejdspligt (interessents), 51, 53 f.
 - arbejdspræstation, 228 f.
 - arbejdsresultat, 197 f., 211
 - arbejdstageres opfindelser, 199
 - artist (indspilningsaftale), 460
 - ASP (Application Service Provider), 301
 - asset stripping, 96, 99
 - auktion
 - intern, s.d.
 - virksomheds-, 99
- B**
- back to back-garanti, 174
 - backup-center (FM/O), 304 f.
 - badwill,
 - begreb, 110
 - debitorkrav, 113 f.
 - distributørs forhold, 354, 361, 361
 - franchising, 485, 491, 493
 - konfliktløsning, 214
 - licensforhold, 449
 - sponsorering, 475
 - værdi af, 109 f., 396, 491
 - bagatelmeddelelsen, 342
 - baggrundsret (inkorporing)
 - agreed documents (køb), 346 f.
 - ansættelsesaftale, 216, 227 f.
 - generelt, 36 f.
 - INCOTERMS, 347
 - selskabsaftale, 36
 - baggrundsinformation, 471
 - balance (regnskabsmæssig), 120
 - balance sheet-model (udstationering), 239
 - bank, se pengeinstitut
 - barter-aftale, 499, 500
 - barter-agreement, 500
 - bedriftsfranchising, 483
 - behovsopgørelse, se også opgavebeskrivelse, 285, 313
 - benchmark (rente), 136 f.
 - benzinforhandlerkontrakter, 19, 341, 365, 370 f., 372, 485
 - beslutningsprocedure

– i interessentskab, 55 ff.
 – i selskaber generelt, 41 ff.
 “best efforts”, 211
 betalingsforpligtelse, se vederlag
 betalingsplan
 – entreprise, 339
 – it-aftaler, 319
 – rådgivere, 263
 betalingstjenesteloven, 139
 betegnelse (beskrivelse), 167, 284 f., 285, 317
 betinget aftale, 105
 bevissikring, 441
 bibeskæftigelse
 – ansattes, 229
 – direktørers, 251
 biforpligtelse (produktionsaftale), 292 f.
 bilforhandleraftaler, 353, 357
 bindende konstatering, 293, 317
 bindende ligningssvar, 46
 Bladkompagniet, 88
 Blue Ray, 415, 429, 463
 bogforlag, 454 f.
 BOO-aftale, 504 f.
 bookingbureau, 277
 Bonnerup-udvalget, 312
 bortvisning, 234
 BOT-aftaler, 504 f.
 braklægning (af immaterialret), 439 f.
 brancheregulering, se også formularret, 22, 257
 “brand”, 342
 branding, 342 f., 361 f., 449, 480, 489
 brugergruppe, 326, 344
 brugervejledning, 285
 brugsmodelbeskyttelse, 419 f.
 brugspligt, 439 f., 448
 brugsret, se også licensaftale, 347 f.
 “business angel”, 124
 business format franchising, 483
 buy in-joint venture, 89
 buyback (modkøb), 500

byggearbejde, 335 f.
 byggekonsortium, 89
 byggerådgiver, se også ABR89, 262, 335
 byggeudgift (honorar efter), 264
 bytteaftale, 498 f.
 børsregulering, 32, 81 f.

C

call option, 76, 78
 canvassing, 359
 caveat emptor (se også due diligence), 101, 104, 291
 chip, se halvlederret
 change of control-klausul, 50, 96
 CIBOR, 136 f.
 closing, 100, 115, 189, 333
 comfort letter, se støtteerklæring
 commitment letter, 124
 compensation (modkøb), 500
 compilation, 461, 467
 contract manufacturing, se outsourcing
 consideration, 432 f.
 contractual joint venture, 89
 “coopetition”, 495
 corporate finance, 122, 128
 corporate joint venture, 89
 covenant, 122, 140, 143, 192 f.
 cover-indspilning, 461
 cross default, 123, 141, 144
 cross licensing, 451, 499
 cut off-klausul (leasing), 165
 CSR-politik, 342 f.
 CVR-nummer, 39
 CVR-loven, 39

D

Dansk Franchise Forening, 490
 Dansk Musiker Forbund, 241, 248, 277
 Danske Lov
 – 1-23-15, 155
 – 5-8-1, 171, 348

Danske Reklamebureauers
 Brancheforening, 384
 dataeksportaftale, 471 ff.
 datarum, 17, 100, 101, 103 f., 405
 datterselskabsfinansiering, 179 f.
 DBU (Dansk Boldspil Union), 244 f.
 DCFR
 – generelt, 24,
 – IVE – 4:101, 480
 – IVE – 4:205, 486
 – V.D. – 5:101, 272
 deadlock, 42 ff., 91
 debitor, se også debitorskifte
 – aktiv ved virksomhedsoverdragelse, 112
 – factoring, 174 ff.
 debitorskifte
 – ansættelsesforhold, 107 f.
 – outsourcing, 301 f.
 – virksomhedsoverdragelse, 106
 del credere, 152
 delkaution, 148
 delleveranceprøve, 290
 demo, 462
 denunciation, 112, 113, 176
 designbeskyttelse, 421
 direkte krav
 – distribution, 359
 – finansiel leasing, 173
 direkte leasing, 160 f.
 direktør
 – aktieløn, 252
 – arbejdspræstation, 251
 – begreb, 248 f.
 – bestyrelshverv, 251
 – bibeskæftigelse, 251
 – direktionsinstruks, 250
 – forretningsorden, 250
 – frynsegoder, 231 f., 252
 – fusionsklausul, 254
 – grundvederlag, 252
 – hemmeligholdelsespligt, 254
 – kendetegn, 248 f.
 – konkurrenceklausul, 253 f.
 – opsigelse, 252 f., 254

- retsgrundlag, 249 f.
- spekulationsforretninger, 252
- tantieme, 252
- tjenesteforhold, 196, 249
- varighed, 254
- vederlag, 252 f.
- disclosure, 471
- diskriminationsforbud, 217
- dispositionsbeføjelser (aktionærs), 72 ff.
- distribution, se også afsætning
 - aftaleindgåelse, 353 f.
 - ambassadørfunktion, 361, 362 f.
 - begreb, 340
 - effektivitet, 360
 - eksklusivitet (s.d.), 354 f., 426
 - erstatningsansvar, 359
 - funktion, 340
 - henvisningspligt, 356, 374
 - kendetegn, 352 f.
 - kombinationer, 371 f.
 - kompensation ved opsigelse (s.d.)
 - konkurrence, 356 f., 357, 358
 - kvalitetssikring, 362, 371, 449 f.
 - lageropbygning, 360, 366
 - markedsføring, 358 f.
 - minimumsomsætning, 354 f., 357 f.
 - ophør, 362 f.
 - oplysningspligt, 358, 360
 - opsigelse, 363
 - option, 355 f.
 - planlægning, 340 f.
 - prissætning, 358
 - produktafgrænsning, 354
 - produktændringer, 358
 - retsgrundlag, 341 f.
 - undersøgelsespligt, 366 f.
 - varelager, 360, 366
 - varighed, 359
 - vederlag, 360
- distributionsfranchising, 482 f.
- diæter, 231
- DL 1-23-15, 155
- DL 5-8-1, 171, 348
- dokumentation
 - hemmeligholdelse, 293
 - prøveforløb, 290 f.
 - teknisk, 285
- domænenavn, 110 f., 423
- driftseffektivitet, 317
- driftsprøve, 290 f.
- dry lease, 350
- due diligence
 - confirmatory, 102
 - erhvervshemmeligheder, 405, 410
 - finansiering, 122
 - franchising, 482, 490 f.
 - generelt, 96, 99 ff.
 - persondatabeskyttelse, 101 f., 109
 - rapport, 104
 - under virksomhedsauktion, 99
- due authorization, 190
- due execution, 190
- due incorporation, 190
- DVCA, 124
- dvd, 415, 429, 463
- E**
- earn out, 60, 94 f., 105, 110
- eat what you kill, 50, 55
- e-bøger, 455 f.
- ECE 188, 21, 22, 307
- ECE 188A, 308
- edb-program, se også programlicens
 - deponering, 309, 313 f., 322
 - handelsagentlovens anvendelse, 367 f.
 - købelovens anvendelse, 282, 311
 - outsourcing, 302 f.
 - overgang af ophavsret, 198 f.
 - public domain, 282
 - “efter regning”, se regningsarbejde
- eftersalgsservice, 344, 360 f., 364
- eftersynsprotokol (AB92), 289 f.
- egen regning, 341
- egenfinansiering, 118 f.
- egenkapital, 118 f.
- eget billede (retten til), 242
- e-handelsloven, 385
- ejendomsfinansiering, 123
- ejendomsforbehold
 - finansiel leasing, 165
 - immaterialrettigheder, 444 ff.
- ejendomsformidling, 333 f., 381 ff., 486 f.
- ejendomsmæglerloven
 - generelt, 257, 330, 381
 - § 19, 274
 - § 22, 486 f.
 - § 23, 273
 - § 29, 381 f.
- ejer, ansat eller tilknyttet?, 34, 209 f., 488
- ejerftale
 - begreb, 65 f., 67, 68 ff.
 - dispositionsbeføjelser, 72 ff.
 - død, 74
 - formueretlig eksegibilitet, 69 f.
 - formål, 66 f.
 - forvaltningsbeføjelser, 71 f.
 - generelt, 68 ff.
 - holdingselskab, 69
 - konfliktløsning, 71
 - misligholdelse, 71
 - omsættelighedsbegrænsninger, 73
 - opsigelse (uopsigelighed), 68
 - parter, 69
 - selskabsretlig eksegibilitet, 66
 - stemmeaftale, 67, 69, 70 f., 71 f.
 - tvangsfuldbyrdelse, 71, 73 f.
 - udbyttepolitik, 70, 72
 - uopsigelighed, 68
 - vedtægt (sml.), 64, 66 f., 69 f.
- ejerbevis (aktie eller anpart)

- pantsætning, 72
- påtegning om ejeraftale, 74
- “ejerdreven virksomhed”, 483
- eksekutionsgrundlag, 132, 142
- eksemplarlicens (edb-program), 266, 282, 302 f., 319 f., 425 f., 436 f., 438
- eksklusivitet
- afgrænsning, 355
- distribution, 354 ff. 363, 371 f.
- forhandling, 354 f.
- funktion, 341, 371 f., 426
- henvisningspligt, 356
- licensaftale, 439
- option, 355
- produktionsoutsourcing, 298
- territorium, 355 ff.
- udvidelse, 355 f.
- eksportkredit, 121, 128
- eneforhandling
- aftalepraksis, 373
- begreb, 371 f.
- generelt, 371 f.
- godtgørelse (opsigelse), 363 ff.,
- konkurrenceklausul, 374
- minimumssalg, 354 f., 357 f.
- ophør, 375
- retsgrundlag, 372 f.
- enelicens, 439
- engineering construction, 336
- enhedshonorering, 264
- enkeltmandsvirksomhed
- diskretion, 32
- karakteristik, 46 f.
- nystartede virksomheder, 33
- skat, 32 f., 34 f., 45 f.
- transparens, 33, 34, 49
- entreprise
- aftalepraksis, 283, 337 f.
- anlægsarbejde, 336
- arbejdsplan, 339
- betalingsplan, 339
- byggearbejde, 336
- byggegrunden, 336 f.
- byggerådgiver, se også ABR89, 335
- fagentreprise, 336
- faser, 338
- hovedentreprenør, 336
- initiativfase, 338
- kendetegn, 335
- programfase, 338
- retsgrundlag, 337 ff.
- rådgivning, 335
- standardforbehold, 337
- storentreprenør, 336
- totalentreprise, 336, 338
- udbudsgrundlag, 262, 335, 338
- underentreprenør, 336 f., 337
- equity joint venture, 89
- Erhvervsankenævnet, 127
- erhvervsdrivende virksomheder, lov om
- generelt, 28 f. 31
- § 1, 28 f., 31, 61
- § 2, 46, 82, 83
- § 3, 31
- § 6, 29, 39
- § 7, 29, 57
- § 8, 31, 33
- § 9, 31, 33
- § 15d, 33
- erhvervshemmelighed
- aftale om, 392, 406 ff.
- aftaleindgåelse, 404 ff.
- akademisk forskning, 199, 401, 402, 405 f.
- begreb, 399 ff., 423 f.
- due diligence, 405, 410
- edb-program, 302, 303, 438 f.
- erstatningsansvar, 411
- EU-direktivforslag om, 403 f.
- forbudsretten, 401
- formål, 397
- fortolkning, 406 f.
- franchising, 481, 489, 491, 495
- generelt 397 ff.
- genstand, 399, 406 f.
- immaterialret?, 398, 447
- international beskyttelse, 403 f.
- joint venture, 92
- juridisk person, 400, 409, 412
- kommerciel, 399
- kompromittering, 392, 409 f.
- koncipering, 406 ff.
- konfliktløsning, 411
- kundekartotek, 109
- licensaftale, 435
- offentlighedsregler, 407 f.
- oplysningspligt, 293, 407 f.
- produktionsmæssig, 399
- programlicens, 302 f., 438 f.
- retsfaktum, 399
- retsfølge, 401, 410 f.
- rådgiver, 409 f.
- samarbejdsparter, 411
- sanktion, 412
- strafsanktion, 399, 401
- tidsbegrænsning, 406
- typer af, 401 ff.
- universitetsforskning, 401, 402, 405 f.
- erhvervslejeloven
- generelt, 348
- forpagtning, 116 f.
- leasing, 165 f., 350
- franchising, 485
- § 8, 165 f.
- § 13, 166
- § 55, 107
- erhvervskaution, 149, 150, 152 f.
- erhvervsobligationer, 131, 146 f.
- etablering (se generelt kapitel 2)
- karakteristik, 26 ff.
- etiske regler
- advokater, 261, 487
- franchising, 490
- rådgivere, 257,
- EU-varemærke, 422
- eurointeressentskab, 48
- europæisk patent, 426
- EURIBOR, 137

EUFG (Europæiske Økonomiske Firma Grupper), 48
 executive committee (joint venture), 92
 exercisekurs, 77
 EØFG, 48

F

fabriksprøve, 290
 facility management, se også outsourcing, 300

factoring
 – basisaftale, 171 f.
 – belåningsgrad, 177 f.
 – denunciation, 176, 178, 179
 – kendetegn, 174 f.
 – overdragelseserklæringen, 178

– tilrettelæggelse, 176 ff.
 – regres, 175
 – retsgrundlag, 175 f.

– varighed, 180
 – økonomi, 174 f.

fagentreprise, 336
 fakturabelåning, se factoring

fantomaktier, 78
 faseopdeling

– ansættelse, 211
 – entreprise, 338
 – erhvervshemmeligheder, 404 f.
 – it-aftaler, 312, 314
 – konsulentarbejde, 262
 – produktionsaftaler, 287 f.
 – prototyping, 288 f.
 – virksomhedsoverdragelse, 99 f.

fast ejendom

– advokatforbehold, 334
 – aftalepraksis, 333 f.
 – finansiel leasing, 165 f.
 – finansiering, 332 f.
 – kendetegn, 330
 – købesum, 332 f.
 – købsaftale, 333 f.
 – prissætning, 332 f.
 – retsgrundlag, 331
 – tredjemandsrelationer, 334 f.

fast honorar, 263 f.

featured artist, 248, 462

ferie, 229

FIDIC, 23 f.

“field” (afgrænsning), 355, 437, 443

filmatisering, 457 f.

filmproduktion, 247

final cut, 454

Finans og Leasing, 163

finansiel leasing

– aftaleindgåelse, 162
 – aftalepraksis, 162 f.
 – back to back-garanti, 174
 – baggrundsret, 164 f.
 – begreb, 159 f.

– betaling, 164, 165, 168 f.

– betalingsmisligholdelse, 169 f.

– brugsretten, 168

– cut off, 165

– direkte krav, 173

– ejendomsret, 164, 165 f., 166 f., 172

– erstatningsansvar, 171

– fast ejendom, 165 f.

– forsikring, 164, 171, 172

– grundperiode, 159, 164, 168, 169

– købsret, 172

– leasingydelsen, 164, 168 f.

– leverandørorienteret, 162

– lovregulering, 159 f., 161

– mangler, 165

– misligholdelse, 169 f.

– opsigelse, 164

– option, 172

– risikoregulering, 171

– skattespørgsmål, 159, 161 f., 165, 166, 172

– tilbagediskontering til nutidsværdi, 169

– undersøgelsespligt, 173

– varighed, 164

– vedligeholdelse, 171

– økonomi, 164

finansiel tilsynslovgivning (aftaleretlig betydning), 126 ff.

finansiel virksomhed, lov om – generelt, 31, 125 ff.

§ 1, 125

§ 7, 161 f.

§ 11, 327

§ 21, 125

§ 22, 125

§ 43, 126, 127

§ 43a, 127

§ 47, 126, 149, 152 f., 156

§ 48, 126, 132 f., 149, 150 f., 152 ff.

§ 344, 127

§ 77a, 75

§§ 343o-343p, 192

§ 344, 127

– Bilag 1 (til FIL), 158, 161

finansielt produkt, 126

finansiering

– beslutningsgrundlag, 122

– formål, 118 ff.

– forundersøgelser, se også due diligence, 122

– typer af, 120 ff.

– virkemidler, 120 ff.

finansieringsdeklaration, 172

firmagrupper, se EØFG

firmapension, 231

flexleasing, 161

flextid, 228, 229

FM, se facility management

FM/O, se facility management henholdsvis outsourcing

“fonogram”, 460, 463

fonogramlicensaftale, se musiklicensaftale

forandringselement, 18

foreningsret, 31

forfaldstid, 121, 125, 129, 133, 139, 142, 143, 152 f., 348, 382

forgrundsinformation, 471

forhandling, se også enforcement, franchising, P/D-transaktion, 370 ff.

forkøbsret

– kapitalejers, 73

– samejers, 63

- forlagsaftale
- aftalepraksis, 456
 - billedmateriale, 457
 - digital udnyttelse, 455 f.
 - forretningsmodeller, 455 f.
 - fremtidigt værk, 454
 - generelt, 45, 454 ff.
 - genudgivelse, 458
 - kendetegn, 454 f., 452 ff.
 - kontrolforanstaltninger, 459 f.
 - korrekturlæsning, 457
 - kreditering, 453 f.
 - kvalitetskrav, 456 f.
 - markedsføring, 456, 457 ff., 459
 - “normalformularen”, 456
 - rettighedsovergangen, 457 f.
 - udgivelsestidspunkt, 458 f.
- formidlingsaftale, se også virksomhedsmægler, ejendomsmægler
- kendetegn, 380, 381
 - retsgrundlag, 381 f.
 - honorar, 382
- formkrav
- ansættelsesbeviser, 224
 - halvlederret, 417
 - konkurrenceklausul (ansats), 2200
 - kundeklausul (funktionærs), 220
 - selskabsret, 28
- formueforvaltning, 275 f.
- formularret, 22 ff.
- formål
- selskabers, 38 f.
 - virksomheders, 28
- forpagtning, 115 ff.
- forprojekt, 262
- forrentning, se rente
- forretningshemmelighed, se erhvervshemmelighed
- forretningskendetegn, 422
- forretningsplan, 34 f.
- forsikring
- begreb, 327
 - finansiel leasing, 172
 - rådgiveropdrag, 258
 - udstationering, 239
 - vedligeholdelsesordninger, 327
 - virksomhedsoverdragelse, 106
- forsikringsaftaleloven § 54, 187
- forskelsbehandling (arbejdsgivers), 217
- forskerpatent, 199, 406
- forskning og udvikling
- aftalepraksis, 468 f.
 - baggrundsinformation, 471
 - finansiering, 470
 - forgrundsinformation, 471
 - forskning, 468
 - generelt 468 ff.
 - hemmeligholdelse, 469, 470 f.
 - kendetegn, 468
 - konkurrenceregulering, 469
 - licensaftaler, 450
 - tilskud, 470
 - udvikling, 468
- fortolkning
- franchiseaftaler, 488
 - kautionsløfter, 151 f.
 - legal opinion, 188 f.
 - ophavsretsftaler, 198 ff.
 - støtteerklæring, 184 ff.
- foto
- af medarbejder, 213
 - publikumsorienterede opdrag, 241
- foto modeller, 245 f., 245 f.
- FoU, se forskning og udvikling
- franchising
- afgift, 493
 - aftalepraksis, 489 f.
 - ambassadørfunktion, 483, 491
 - badwill, 485, 491, 493
 - begreb, 480
 - betaling, 493
 - brand, 480, 484 f.
 - distributionsfranchising, 482, 484, 485
 - due diligence, 482, 490 f.
 - etiske regler, 490
 - generelt, 480 ff.
 - hemmeligholdelse, 481, 489 f., 495
 - hæftelse, 489
 - immaterialret, 492 f.
 - job-, 484
 - kendetegn, 480 f.
 - konkurrenceret, 486, 489
 - kvalitetssikring, 483, 484 f., 491
 - lejemål, 485, 487 f.
 - loyalitetspligt, 491
 - lovregulering, 485 ff.
 - manual, 491 f.
 - markedsføring, 492
 - master-, 494 f.
 - pakke, 490, 493
 - parter, 480, 485
 - produktions, 482, 484
 - rådgivning, 492
 - service-, 484
 - sml. forpagtning, 115, 116
 - subfranchising, 495
 - system-, 483, 491
 - typer af, 484
 - varemærker, 484, 486, 492 f.
 - varighed, 494
 - voldgift, 495
- fratrædelsesaftale, 234 f.
- fremmedfinansiering, 119
- fremmedkapital, 118
- free lance-tilknytning, 35 f.
- fremgangsmådepatent, 418
- fridage, 229
- fritstilling, 233, 235
- FSR-klausulen (kundeklausul), 206 f.
- fuldmagt, se også mellemmand, stillingsfuldmagt
- fuldmægtighæftelse, 270, 275
 - generelt, 266 ff., 274 f.
 - handelsagents, 366 f.
 - mellemmands, 269 f.
 - tidsbegrænsning, 269, 270
 - § 18-fuldmagt, 270
- funktion (systemteoretisk), 425

- funktionsbeskrivelse, 285, 316 f.
- funktionærloven
- generelt, 216, 242
 - inkorporering, 227 f.
 - præceptivitet, 216, 226, 228
 - § 1, 216, 242
 - § 2, 98, 211, 226, 233
 - § 2b, 236, 234
 - § 5, 234
 - § 9, 231, 231
 - § 17a, 78
 - § 21, 216 f.
- fusionsklausul, 254
- fusionskontrol, 90, 96 f.
- fødevarerloven, 105
- G**
- Garanti (for betaling), 157 f.
- GBL, se gældsbrevsloven
- gebyr (til pengeinstitut), 139
- generalfuldmagt, 268 f., 274
- generalklausulen (AFTL § 36)
- forpagtningsaftaler, 116
 - franchiseaftaler, 488
 - interessentskabsaftaler, 48
 - kautionsløfter, 150 f.
 - konkurrenceklausuler, 200 ff.
 - partnerskaber, 35, 48
 - pengeinstitutter modregning, 142
 - tidsbegrænsede ansættelser, 232 f.
 - voldgiftsaftaler med ansatte, 214
- gentleman's agreement, 180 f., 181
- god skik (finansiel virksomhed)
- generelt, 126 f.
 - skriftlighed, 126 f.
- god skik (boligkredit), 131
- “golden parachute”, 253
- goodwill
- begreb, 109
 - godtgørelse til distributør, 271 f., 363 f.
 - godtgørelse til franchise-tager, 494
 - licensaftale, 449 f.
 - navn som, 40 f.
 - sponsorering, 241, 276, 473 473 ff.
 - værdiansættelse, 109 f.
- government finance, 128
- Gramex-vederlag, 248, 428, 429, 453, 460 f., 463, 467
- grant back-klausul, 380, 450 f.
- grant forward-klausul, 447 f.
- gray market, 357
- “gyldent håndtryk”, 253
- gældsbrevsloven
- generelt, 125
 - § 1, 125
 - § 2, 125, 156
 - § 4, 146
 - § 5, 125
 - § 7, 125
 - § 9, 176
 - § 10, 97, 176
 - § 11, 1
 - § 14, 73
 - § 15, 13
 - § 16, 133
 - § 17, 133
 - § 27, 149
 - § 29, 178, 179
 - § 31, 98, 112, 113, 176, 176, 186
 - § 61, 156
- H**
- HAL, se handelsagentloven
- halvfabrikata, 112, 285
- halvlederret
- generelt, 416 f.
 - rettighedsovergang, 199, 424
- handelsagenter, se også distribution
- aftalepraksis, 368
 - begreb, 366 f.
 - fuldmagt, 366, 367, 368
 - generelt, 366 ff.
 - godtgørelse (opsigelse), 369 f.
 - provision, 368 f.
 - reklamationer, 368
 - retsgrundlag, 367 f.
- handelsagentloven (HAL)
- baggrund, 341, 364 f., 367 f.
 - edb-programmel, 367 f.
 - præceptivitet, 367 f.
 - “varer”, 367 f.
 - § 1, 367
 - § 2, 366
 - § 3, 353, 368
 - § 4, 361
 - § 6, 369
 - § 7, 366
 - §§ 8-15, 360, 368 f.
 - § 15, 271
 - § 16, 267, 368
 - § 20, 368
 - § 21, 356, 368
 - § 25, 272, 362ff.
 - §§ 25-29, 364 ff., 369
 - § 30, 366
- handelsrejsende, 367
- harmoniseringsregulering, 20 f.
- helbredsoplysninger, 218
- hemmeligholdelse, se erhvervshemmeligheder
- hemmeligholdelsesaftale, se også erhvervshemmeligheder
- ansatte, 412
 - baggrundsinformation, 471
 - efterfølgende, 401
 - forudgående, 401
 - forgrundsinformation, 471
 - forskning og udvikling, 469, 470 f.
 - genstand, 399 f., 406 ff.
 - juridisk person, 400, 409, 412
 - karakteristik, 397 ff.
 - kompromittering, 405, 407 ff.
 - konfliktløsning, 411
 - samarbejdsparter, 411
- henvisningsklausul, henvisningspligt, 356
- “hit” (musik), 461

- hjemmearbejde, 240
 holdingselskab (ejeraftale), 69
 horisontal ansættelsesregulering, 215
 hosting, 300 f.
 husfredskrænkelse, 401
 hvidvasklovgivning, 135, 160
 hybrid licensaftale, 433 f.
 hæftelse
 – franchisegivers, 489
 – interessenters, 50 ff.
 – selskabsretlig, 33 f
- I**
- ICC, 23
 ikke-angrebsklausul, 441 f.
 immaterialrettigheder
 – arbejdsforhold, 197 ff.
 – fuldstændig rettighedsovergang, 414 f., 431 f.
 – generelt, 412 ff.
 – i interessentskabssamarbejde, 52, 85
 – kendetegn, 412 f.
 – outsourcing, 302 f.
 – retsmangler, 322 f., 446
 – samarbejdsforhold, 197 ff.
 – sameje, 432, 435, 436, 450
 – tinglig beskyttelse, 426 f., 444 ff.
 – virksomhedsoverdragelse, 110 f.
- INCOTERMS, 23, 346 f.
 incorporation by reference, 347
 indeksering, 134, 140
 indeksobligation, 140
 indekspatent, 135
 independent contracting, 210
 indikativt bud, 99
 indirekte leasing, 160
 indirekte tab (ansvarsfraskrivelse)
 – it-aftaler, 320 f.
 – rådgiveraftaler, 258 f.
- indlån (pengeinstitut), 52126, 130 f., 133, 142
 indspilningsaftale
 – aftalepraksis, 463 f.
 – “bagkatalog”, 464
 – betaling, 465 f.
 – downloads, 455, 460, 463 f., 466
 – eksklusivitet, 461 f., 464 f.
 – generelt, 460 ff.
 – indspilning, 461 f.
 – kendetegn, 461
 – lancering, 343, 462
 – markedsføring, 462
 – musikelskab, 460
 – mekanisk licens, se NCB
 – option, 465
 – produktion, 461 f.
 – retsgrundlag, 462 f.
 – rettighedsoverdragelsen, 463 f.
 – royalty, 465
 – streaming, 463 f., 466
 – territorium, 464
 – varighed, 464
- indre forhold
 – franchising, 484
 – mellemmand, 268 f.
- indsatsforpligtelse
 – konsulents, 261 f.
 – produktionsudstyr, 284 f.
 – tjenesteydelse, 211
- industrispionage, 401
 information, se også erhvervs-hemmelighed
 – aftaleregulering, 391 f.
 – baggrunds-, 469
 – begreb, 389 f.
 – ejerskab til, 397
 – forretningsmodeller, 394 f.
 – forgrunds-, 469
 – håndtering, 404 f.
 – knaphed, 393, 394, 442
 – kommunikationsteori, 390 f., 391 f., 397 f., 412 f.
 – konkurrenceregulering, 398, 427
 – købelovens anvendelighed, 256, 282, 311
 – lovregulering, 393 f.
 – mosaik-, 67, 396 f., 407
 – overdragelse, 391, 397
 – samfundsbetydning, 389
 – sikkerhed, 400
 – som trussel, 396
 – som ydelse, 391 f.
 – standard-, 395
 – værdi, 391, 393, 394 f., 442 ff.
- informationsret, 393
 inkorporering af aftalevilkår, 347
 inkorporering af baggrundsret
 – i selskabsaftale, 36 f.
 – i ansættelsesaftale, 227 f.
- insourcing, 300 f.
 insiderhandel (aktieoptioner), 82
 installationsprøve, 290
 integrationsklausul (i støtteerklæring), 185
 interessentskaber
 – aftaleindgåelse, 49
 – anlægsaktiver, 52
 – arbejdspligt, 53 f.
 – baggrundsret, 48 f.
 – begreb, 46 f.
 – beslutningsprocedure, 41, 55 ff.
 – budgetmål, 55
 – død, 61
 – egenkapital, 51
 – enstemmighed, se vetoret
 – finansiering, 50 ff., 60
 – force majeure, 54
 – hæftelse, 49, 50 ff.
 – immaterialrettigheder, 51 f.
 – indskud, 37, 50 ff.
 – juridisk person?, 47
 – kapitalkonto, 51 f., 59 ff., 118 f.
 – kendetegn, 46 f.
 – konkurrenceforhold, 60
 – mundtlighed, 50
 – opsigelse, 44 f., 48, 58
 – optagelse af ny interessent, 58 f.
 – omsætningsaktiver, 52
 – overskudsfordeling, 50 f., 54 f.
 – partnerprøve, 59
 – regnskabsprincipper, 51 f., 96

- registrering, 49
 - skattemæssig transparens, 49
 - skriftlighed, 50
 - sygdom, 54
 - tegning, 56 ff.
 - udtræden, 42 f., 58 f.
 - vetoret, 42, 55 f., 58 f.
 - interessentskabslignende K/S, 83
 - interim management, 254
 - interkreditoraftale, 187
 - intern auktion, 40, 43 f., 64
 - international outsourcing, 295
 - internetdomænenavn, 423
 - investment banker, 94, 98 f., 103
 - islamisk ret, 12 f., 238
 - it (begreb), 309
 - it-systemudvikling
 - aftalepraksis, 309 ff.
 - aftalestruktur, 309
 - ansvarsfraskrivelse, 320 f.
 - betaling, 319
 - betalingsplan, 319
 - bilagsmateriale, 313
 - deponering (kildetekst), 309, 313 f., 322
 - driftseffektivitet, 317
 - faseopdeling, 314
 - funktionsbetegnelser, 316 f.
 - generelt, 309 ff.
 - immaterialret (indeståelse), 322 f.
 - indretning, 319
 - kabelføring, 319
 - kendetegn, 309 f.
 - kildetekst, 321 f.
 - komponentleverance, 309 f.
 - konvertering, 319
 - kundens forpligtelser, 318 f.
 - kvalitetssikring, 286
 - licensspørgsmål, 317 f., 319, 321 f.
 - opgradering, 320
 - opsigelse, 319 f.
 - programkildetekst, 321 f.
 - retsgrundlag, 311
 - retsmangler, 322 f.
 - risikomomenter, 310, 311, 312, 314
 - rådgiverens rolle, 316
 - standardleverance, 310
 - svartider, 317
 - tilkøb, 323
 - tilrettelæggelse, 313 f.
 - totalleverance, 309 f., 314 f.
 - udviklingskontrakt
 - varighed, 319 f.
 - vedligeholdelse (s.d.), 313, 315 f., 320
 - IUCAB, 356, 368
 - iværksætterselskab, 64
 - IVS, 64
- J**
- jobfranchising, 484
 - jobklausul, 204 f., 207, 219 f.
 - joint sponsorship, 479
 - joint venture
 - anvendelsesområde, 87 f., 294
 - begreb, 87
 - ejeraftale, 70
 - delbegreber, 88
 - erhvervshemmeligheder, 92
 - executive committee, 92
 - forskning og udvikling, 469, 470 f.
 - generelt, 87 ff.
 - internationale, 88 f., 93 ff.
 - konkurrenceregulering, 89 ff.
 - ledelsesforhold, 91 f.
 - reguleringstemaer, 91 f.
 - retsgrundlag, 89 ff.
 - junior kreditor, 186
 - juniorpartner, 56
- K**
- K01
 - generelt, 283 f.
 - historie, 311 f.
 - pkt. 2.1, 314 f.
 - pkt. 13, 325
 - K02
 - generelt, 283 f.
 - pkt. 2.1, 314 f.
 - pkt. 3.1, 315
 - pkt. 5.1, 287 f.
 - pkt. 8, 290
 - pkt. 26, 325
 - K03
 - generelt, 283, 287 f., 293, 312, 316
 - pkt. 26.1, 325
 - K17, 283, 312,
 - K18
 - generelt, 283, 311 f.
 - konfliktløsning, 293 f.
 - vedligeholdelsesordningen, 325, 329
 - pkt. 2.1, 314 f.
 - pkt. 4, 318 f.
 - pkt. 12.1, 290
 - K33
 - generelt, 283
 - historie, 311 f.
 - pkt. 2.1, 314 f.
 - kapitalkonto (interessentskab), 51 ff., 59 ff.
 - kapitalmarksregler, 32, 33, 81 f.
 - kapitalselskaber
 - begreb, 30, 61
 - generelt, 61 ff.
 - selvstændigt pligtssubjekt, 65
 - stiftelsesdokument, 61 ff.
 - kassekredit, 131 f., 138
 - kaution
 - oprindelig, 148, 154
 - former for, 147 ff.
 - fortolkning, 148 f., 151 f.
 - generelt, 147 ff.
 - henstand, 153
 - koncipering, 151, 155, 157
 - konfliktløsning, 154
 - kontraktauktion, 155
 - regres, 152, 155, 156
 - retsgrundlag, 149 ff.
 - samkaution, 156 f.
 - selvskyldner-, 148, 152
 - simpel, 148, 152
 - kildetekstdeponering, 309, 313 f., 322
 - “klient”, 256

- knaphed (information), 393, 394, 442
- know-how, se også goodwill
- begreb, 423 f.
 - beskyttelse, 396, 397 ff.
 - franchising, 482
 - licensaftale, 447
- KODA, 428, 429, 453
- kollektiv licensordning, se også licensaftale
- aftaleregulering, 428, 453
 - generelt, 427 ff.
 - Gramex, 248, 428, 429, 453, 460 f., 463, 467
 - krediteringens betydning, 453 f.
 - patentpuljeaftaler, 429 f.
- kollektiv overenskomst, se overenskomst
- kommanditselskabsaftale
- aftaleindgåelse, 84
 - generelt, 82 ff.
 - hæftelse, 33, 34 f., 46, 52 f., 82 f.
 - opsigelse
 - registrering, 83
 - skat, 82 f.
 - udtræden, 8 f.
 - ugyldighedsindsigelser, 85 f.
 - varetoret, 86
- kommission
- aftalepraksis, 377
 - begreb, 375 f.
 - factoring, 178
 - generelt, 375 ff.
 - kendetegn, 375 f.
 - retsgrundlag, 376 f.
 - selvindtræde, 272 f., 376
- kommissionsloven
- § 1, 376
 - § 4, 375
 - §§ 10-12, 366
 - § 14, 152
 - § 27, 377
 - § 32, 178
 - § 40, 272
 - §§ 41-42, 376
 - § 45, 376
 - § 53, 376
- § 54, 377
- kommunikationsteori, 390 f.
- kompensation ved opsigelse
- distributører generelt, 363 ff.
 - handelsagenter (godtgørelse), 367 f., 369 f.
- konkurrencebegrænsning
- afsætning, 342
 - distribution, 342, 356 f.
 - edb-programmel, 303, 320
 - eneforhandleraftaler, 374
 - formål, 199 f.
 - forskning og udvikling, 469
 - franchising, 486, 494
 - fusioner mv., 90 f.
 - ikke-angrebsklausul, 441 f.
 - immaterialrettigheder, 427
 - joint venture, 89 ff.
 - licensaftale, 427, 433
 - markedsføring, 341 f.
 - parallelimport, 357
 - patentpuljeaftale, 429 f.
 - strategisk alliance, 294, 497
- konkurrenceklausul
- aftalefrihed, 199 ff.
 - ansats, 219 ff.
 - blandet klausul, 205 f.
 - direktørs, 253 f.
 - distributørs, 356 f.
 - eneforhandlers, 374
 - formål, 199 f.
 - franchising, 494
 - handelsagents, 353, 356 f., 366
 - informationsaftale, 395
 - kompensation, 221
 - konventionalbod, 205, 253 f.
 - kundeklausul, 204 ff., 219 ff.
 - leverandørklausul, 204
 - loyalitetspligt, 199 f.
 - opsigelse, 221
 - sanktionering, 205 f.
 - tidsbegrænsning, 205
 - uddannelsesklausul, 207
- konkurrenceloven
- § 6, 90, 358, 434, 497
 - § 7, 358, 498
 - § 8, 90, 358
- § 11, 439
- § 11c, 504
- § 12, 97
- § 12a, 90 f.
- § 18, 306
- konkursloven
- § 93, 447
- § 98, 159 f.
- konkursregulering, 171
- konsignation
- aftalepraksis, 378 f.
 - ejendomsforbehold, 120 f., 378 f.
 - kendetegn, 378
 - kreditkonsignation, 120, 121, 267, 353, 378 f.
 - retsgrundlag 378
- konstaterende erklæring
- funktion, 180 f.
 - støtteerklæringer, 181 ff.
- konstatering (konfliktløsning), 293 f., 317
- konstitution, 18, 26 f., 36
- konsulent (se også rådgiveraftale), 255 ff., 261
- konsumtion (ophavsretlig), 445
- kontaktpunkt (annonce), 385
- kontrakautation, 155
- kontrolforanstaltninger
- administrativ outsourcing, 305 f.
 - arbejdsgivers, 271
 - erhvervshemmeligheder, 400
 - konsignation, 378
 - licensgivers, 441, 442, 446
 - myndigheders, 305 f.
 - produktionsoutsourcing, 296
- konventionalbod
- aftalecensur, 202, 205, 253 f., 411 f.
 - hemmeligholdelsesaftale, 405, 411
 - konkurrenceklausul, 202, 205, 253 f.
- konvertibel obligation, 78 f., 127 f.

- kostumer (skuespillers), 247 f.
- Kreativitet og Kommunikation (brancheforening), 384
- kreditaftaleloven
- § 1, 125
- § 2, 125
- § 3, 165
- § 4, 165
- § 8, 132
- § 8b, 132
- § 9, 132
- § 20, 160
- §§ 25-29, 125
- § 34, 165
- § 50, 165
- kreditaftaler, 125, 132
- kreditkonsignation, 378
- kreditrente, 129 f.
- kryptering (information), 392, 400
- K/S, se kommanditselskab
- kundekartotek (ved virksomhedsoverdragelse), 109
- kundeklausul, 204 ff., 219 ff.
- kunstnermanagement, 246, 276 ff.
- kuransvurdering, 112
- kurssikring
- finansieringsaftaler, 128
- udstationering, 239
- kvalitetssikring, se også branding
- distribution, 362, 371, 449 f.
- licensaftale, 449 f.
- køb
- aftalegrundlag, 346 f.
- formularret, 347
- kendetegn, 346
- købeloven
- aktier, 97
- edb-programmel, 282, 311
- entreprise, 337
- information, 256, 282, 311
- it-udvikling, 311
- leasing, 173
- produktionsudstyr, 280 ff.
- rådgivning, 256 f.
- virksomhedsoverdragelser, 97
- § 1a, 97
- § 2, 281, 499
- § 5, 263
- §§ 9-11, 292
- § 17, 292
- § 19, 97
- § 24, 281
- § 43, 281
- § 47, 101, 104, 291
- § 51, 173, 288
- § 54, 97, 281
- § 59, 323
- § 76, 361
- købsaftale (fast ejendom), 333 f., 382
- L**
- lead banker, 144
- leasing, se finansiel leasing, operationel leasing
- legal opinion, 188 ff.
- legitimation (fuldmægtigs), 269 f.
- lejeloven, se også erhvervslejeloven, 116 f., 165 f., 330 f., 487 f.
- lejemål
- aftaleregulering, 348
- afståelsesret, 106 f.
- finansiel leasing, 165 f.
- forpagtning, 116
- franchising, 485
- retsgrundlag, 348
- ved virksomhedsoverdragelse, 106
- lessee, 158
- lessor, 158
- letter of awareness, 183
- letter of comfort, se støtteerklæring
- letter of intent (i virksomhedsoverdragelse), 99, 101
- letter of responsibility, 183
- letter of support, 183 f., 185
- LEV, se erhvervsdrivende virksomheder, lov om leverancebeskrivelse, 285, 287 f., 315
- leverandørklausul, 204
- leverandørorienteret leasing, 162
- levering (se også aflevering), 288
- liberale erhverv
- kendetegn, 40, 255 f.
- ledelsespraksis, 56
- optagelsespolitik, 59
- LIBOR, 137
- licensaftale, se også kollektiv licensordning
- afgift, 442 ff.
- aftalepraksis, 430 f.
- begreb, 347 f., 424
- braklægning, 439 f.
- brugspligt, 439 f., 448
- brugsret, 347 f.
- deponering, 309, 313 f., 322
- edb-program, 302 f., 317 f., 319, 321 f., 425
- “ejerskab”, 305, 437
- eksklusivitet, 430, 436, 439 ff.
- erhvervshemmelighed, 435
- erstatningsansvar, 431, 441, 451
- formkrav, 426 f.
- fortolkning, 415 f., 431 f.
- funktion, 424 f.
- håndhævelse, 440 ff.
- indeståelse, 440 f.
- indhold, 431 ff.
- international, 425
- karakteristik, 371 f., 424 f., 425 f.
- koncipering, 432 f.
- kvalitetssikring, 438 f., 449
- licensen, 431 ff.
- minimumsomsætning, 439 f.
- ophør (rettighedens), 433 ff., 436 f.
- opsigelse, 439 f.
- overdragelse af, 425
- patentansøgning, 417 f., 426, 434, 441
- patentlicens, 418 f.

- policing, 441
 - registreret eneret, 434 f.
 - registreringskrav, 426 f.
 - retsgrundlag, 426 f.
 - retsmangel, 322 f., 446
 - sikring (betalingskrav), 444 ff.
 - standardaftaler, 431
 - teknisk assistance, 447 f.
 - tidsbegrænsning, 433 f., 436 f.
 - underlicens, 448 f.
 - vederlag, 442 ff.
 - videreoverdragelse, 416, 432, 448
 - videreudvikling, 450 f.
 - værksbeskrivelse, 435
 - økonomisk funktion, 425
 - licitation, 284, 335 f.
 - ligebehandlingsloven, 217 f., 236, 237
 - ligedeling (interessenters), 50, 54 f.
 - ligningsloven
 - § 7P, 80
 - § 28, 79 f.
 - Loan Market Association, 145
 - lockstep, 55
 - lodtrækning, 44 f.
 - log (system), 328
 - logbog, 290 f., 293, 304
 - logistikaftaler, 301 f.
 - lov om erhvervsdrivende virksomheder, se erhvervsdrivende virksomheder, lov om
 - loyalitetspligt, 197, 199 f., 231, 233
 - lydighedspligt, 196, 214
 - lønarbejde, se produktionsoutsourcing
 - løn, se også aktieløn
 - beregning, 229 f.
 - forudsætninger, 230
 - frynsegoder, 231 f., 252
 - funktionsbestemt, 229
 - generelt, 229 ff.
 - omkostningsdækning, 231
 - outsourcing af udbetaling, 301
 - overarbejde, 290
 - sammensætning, 230 f.
 - tillægsydelser, 230
 - lønmodtagere, se medarbejdere
 - lønpakke, 230, 239
 - lån
 - brugslån, 348
 - pengelån, s.d.
 - lånesyndikat, 144 ff.
- M**
- MAC-klausul, 143 f.
 - mageskifte, 498 f.
 - managementrådgivning, 246, 255, 276 ff.
 - managing partner, 56
 - manuskript, se også forlagsaftale, 390, 454
 - markedsanalyse, 343
 - markedsføring
 - aftalehåndtering, 344
 - begreb, 343 f.
 - franchising, 481 f.
 - marketing, 343 f.
 - regler om, se også markedsføringsloven, 341
 - opgavefordeling, 359
 - markedsføringsloven
 - § 1, 200, 242, 297, 396, 408 f., 407, 422, 474
 - § 3, 422, 474
 - § 5, 474
 - § 7, 391
 - § 19, 109, 201, 254, 396, 398 ff., 408, 424
 - § 30, 399, 401
 - marketing, 343 f.
 - maskindirektivet, 280 f.
 - maskinindustrien, 307 ff.
 - maskinklausuler, 321, 329
 - masseaftale, 350
 - masterfranchising, 494 f.
 - matematisk kommunikationsteori, 390, 391, 412
 - Materially Adverse Change, 143 f.
 - matrikelnummer, 331
 - medarbejdere
 - overvågning af, 212 f.
 - retsstilling ved virksomheds- overdragelse, 107 ff., 302
 - “medejer”?, 209 f.
 - “medgået tid”, 263, 264, 296
 - medie
 - annoncering, 385 f.
 - kommunikationsteoretisk begreb, 390 f.
 - medieansvarsloven (annoncering), 385
 - mellemand, se også fuld- magt
 - indre forhold, 268
 - kendetegn, 266 f.
 - kommunikation, 253 f.
 - kontrolforanstaltninger, 271
 - regnskabspligt, 253
 - substitutionsret, 273 f.
 - vederlag, 270 ff.
 - ydre forhold, 268, 269
 - mergers and acquisitions, 27
 - messe, 386 ff.
 - mezzanin-kapital, 123 f.
 - “migrering” (it), 320
 - minimumsregel (fortolkning), 152, 153 f., 198, 406 f.
 - minimumsomsætning, 357 f.
 - misligholdelse
 - afhjælpningspligt, 321
 - ansættelsesforhold, 200 f., 234 f.
 - distribution, 345 f.
 - ejeraftale, 70 f.
 - interessentskabsaftale, 54
 - kautionsløfte, 156
 - konkurrenceklausul, 205
 - leasingaftale, 169 f.
 - låneaftale, 123, 140 ff., 146 ff.
 - negative pledge, 193
 - syndikeret lånetransaktion, 146
 - vedligeholdelsespligt, 322, 326
 - modellove, 20
 - modkøbsaftale, 500 ff.
 - modpartsrisiko, 134, 137, 147

modregning, 142, 175, 178, 500
 morarente, 141 f., 170
 mosaikinformation, 67, 396 f., 407
 MPEG-standard, 429
 multibrandmarkedsføring, 356
 multi-sourcing, 300
 musefældeklause, 43 f.
 musikere
 – aftalereationer, 50, 248, 462
 – gruppenavn, 40
 musikforlag, 454 f.
 musiklicensaftale, 460, 467 f.
 musikskabskab, 277, 278, 460 ff.
 myndighed, se offentlig myndighed
 myndighedskrav, 115
 mægler, se også formidlingsaftaler, virksomhedsmægler, ejendomsformidler, 382

N
 navn
 – distributørs anvendelse af, 361
 – “i eget navn”, 340, 375, 378
 – ophavsmands, 450
 – personers, 242 f.
 – selskabers, 39 f.
 NCB, 428, 446 f., 452, 464, 467
 NDA (non disclosure agreement), 401 f.
 negativ aftalebinding, 350
 negative pledge
 – anvendelsesområde 121, 177, 180
 – begreb, 143, 192 f.
 – koncipering, 194
 – retsgrundlag, 188 f.
 – tinglysning, 193 f.
 – tredjemandsvirkning, 121 f., 193
 negativ erklæring, se negative pledge

negotabilitet, 132, 133 f.
 NL92
 – generelt, 22, 307
 pkt. 4, 323
 pkt. 5, 289, 289, 292
 pkt. 6, 290
 NLM94, 22 f., 308
 NLS95, 308
 NLT95, 308
 nominalistisk princip, 135
 no cure, no pay, 271
 non challenge-clause, 441 f.
 Normalformularen (forlagsaftale), 456
 notoritetssynspunkt, 33, 377
 “ny økonomi”, 389
 “nøgen ind, nøgen ud”, 51, 55, 59

O

objektkode (programmel), 321
 OEM-aftale
 – aftaleregulering, 380
 – begreb, 379
 – grant back-klause, 380
 – produktansvar, 380
 – retsgrundlag, 379 f.
 offentlig myndighed
 – som kommerciel partner, 502 ff.
 – som medinteressent, 50
 offentlighedsregler (erhvervs-hemmelighed), 407 f.
 offentlig-privat partnerskab, se OPP
 offset-aftale, 500
 omsættelighedsbegrænsninger (ejeraftale), 73 f.
 on demand-udnyttelse (ophavsret), 460
 open source, 321, 438
 operationel leasing
 – begreb, 158 f., 161, 350
 – kendetegn, 158 f., 350 f.
 – ombyttningsret, 352
 – retsgrundlag, 351
 – varighed, 352
 – vederlag, 351 f.

opfindelse, se patent
 opgavebeskrivelse (rådgiver), 262
 opgradering (programmel), 320
 ophavsret, se også ophavsretsaftale
 – aftalefortolkning, 198 f.
 – formkrav, 413
 – generelt, 413 ff.
 – ideel ret, 199, 414, 450, 453 f.
 – overdragelse af, 198 f., 414 f.
 – personlige rettigheder, 198, 414, 450
 – public domain, 282
 – reklame, 384
 – retsfaktum, 413
 – retsfølge, 413 f.
 – videreoverdragelse, 416, 432
 – værksbegrebet, 413 f.
 ophavsretsaftale
 – fortolkning, 198 f., 415 f., 426
 – generelt, 452 ff.
 – koncipering, 414 f.
 – specialitetsprincip, 416
 – udnyttelsespligt, 416
 – videreoverdragelse, 416
 ophavsretsloven
 § 1, 413, 435
 § 2, 414, 414
 § 3, 198, 414, 416, 450, 453 f.
 § 4, 435
 § 6, 436
 § 19, 318
 § 36, 111, 266, 282, 302 f., 319, 425 f., 436 f., 438
 § 37, 424, 407
 §§ 50-52, 428
 § 53, 198, 415 f.
 § 54, 416, 448, 458 f.
 § 56, 111, 172 f., 303, 416, 432, 448
 § 57, 459
 § 58, 247
 § 59, 198 f.
 § 65, 460

§ 68, 248, 463
 oplysningspligt
 – arbejdsgivers, 208 f., 220, 222 ff.
 – distributørs, 358, 360
 – franchisegivers, 486
 – it-leverandør, 292 f.
 – kommissionærs, 272
 – leverandørs, 391
 – værdihandelsloven, 32
 OPP (offentlig-privat partnerskab)
 – eksempler, 504 f.
 – generelt, 502 ff.
 – politisk bevågenhed, 503
 option, se også aktieoption
 – administrativ outsourcing, 304
 – forlagsaftale, 458
 – forpagtning, 117
 – insiderhandel, 82
 – it-drift, 304, 316
 – leasing, 172
 – indspilningsaftale, 465
 – tegnings-, 77, 79
 opsigelse
 – ansættelsesforhold, 232 ff.
 – direktører, 252 f., 254
 – distribution, 363 ff.
 – finansiel leasing, 169
 – konkurrenceklausul (ansattes), 221
 – kunde-klausul (ansattes), 220
 ORGALIME, 23, 238, 295 ff., 308 f., 325, 368, 373 f., 379, 431, 469
 out of the money, 77
 outsourcing, se administrativ outsourcing, facility management, produktionsoutsourcing,
 overenskomst (kollektiv), 210 f., 215, 222, 224, 225 ff., 229, 231, 241 f.
 overskrift (støtteerklæring), 184
 overslag (betaling for), 264
 overtagesprøve, 290, 308

P
 panthaverdeklarationer, 187 f.
 pantsætning
 – kapitalandel, 73 f.
 – debitor masse, se factoring
 – EU-varemærke, 427
 – patent, 427
 – samejeandel, 63
 parallelimport, 357
 participation, 144 f.
 partner eller ansat
 – franchising, 488
 – generelt, 209 f.
 partner ratio, 59
 partnering, 287
 partnerudvalg, 56
 pay per click, 386
 passivopgørelse, 120
 patent
 – afgiftsberigtigelse (årsafgift), 417, 432
 – ansattes rettigheder, 199
 – europæisk, 426
 – formkrav, 419
 – generelt, 417 ff.
 – licenskoncipering, 417 f.
 – panteret mv., 426 f.
 – policing, 441
 – pool, 429 f.
 – registrering, 426 f.
 – rettighedsovergang, 199
 – tvangslicens, 427
 – værdi, 418 f.
 patentloven
 § 2, 396, 398
 § 3, 418
 § 8, 448
 § 12, 268
 § 22, 406, 408
 § 40, 417
 § 43, 111, 419, 424, 431 f., 448
 §§ 45-50, 427
 patentpuljeaftaler, 429 f.
 P/D-transaktion, se afsætning, distribution
 pengeinstitutaftaler, 122 f.
 Pengeinstitutankenævnet, 127
 pengelån

– aftalekompleks, 122 f.
 – aftalestruktur, 122 f.
 – generelt, 129 ff.
 – misligholdelse, 140 ff.
 pensionsordning, 230 f.
 persondatabeskyttelse
 – ansættelsesforhold, 101 f., 212 f., 213
 – dataeksport, 471 ff.
 – due diligence-undersøgelser, 101 f., 109, 212 f.
 – kundekartotek, 109
 – outsourcing, 306
 personlig tjenesteydelse, 196
 personligt opdrag, 262 f., 280
 personlighedsbeskyttelse, 212, 248
 personselskab, 46
 PFI (Private Finance Initiative), 505
 pladekontrakt (indspilningsaftale), 460
 pladeselskab, se indspilningsaftale, musikselskab
 plant leasing, 164
 plantenyheder, 420 f.
 PLS Rambøll-kontrakten, 312
 policing, 441
 positivklausul, 234, 235, 236
 post-patent term royalty, 433
 PPD, 466
 pre seed-fase, 33
 principal-agent problem, 270 f.
 private equity, 124
 Private Finance Initiative, 505
 private label, 379
 private placement, 119
 private public partnership, se offentlig/private partnerskaber
 privatisering, 504
 privatlivets fred, 401
 pro anno, 138 f.
 producent (film og teater), 246
 produktansvar
 – designers, 451
 – distribution, 359

- licensaftale, 451
 - OEM-aftale, 380
 - produktionsoutsourcing, 299
 - produktionsfranchising, 482, 484
 - produktionsoutsourcing
 - aflevering, 296 f.
 - betaling, 296
 - eksklusivitet, 297 f.
 - erstatningsansvar, 298 f.
 - generelt, 295 ff.
 - hemmeligholdelse, 297
 - kontrolforanstaltninger, 296
 - mærkningspligt, 298
 - produktansvar, 299
 - tekniske forudsætninger, 296
 - tilbageholdsret, 297
 - tolerancer, 296
 - trykkeri, 458
 - vidensdeling, 297
 - produktionsprøve, se også prototype, 288
 - produktionsudstyr, se også facility management, lønarbejde, outsourcing
 - aftaler om, 283 ff., 307 ff.
 - kendetegn, 279 ff., 307
 - konfliktløsning, 293 f.
 - maskinindustrien, 307 f.
 - retsgrundlag, 280 ff.
 - virksomhedsoverdragelse, 111 f.
 - ændringshåndtering, 287 f.
 - produktpatent, 418
 - professionel fodbold
 - aftalepraksis, 244 f.
 - erhvervsdrivende?, 242
 - professionsansvar, 257 ff.
 - professionsregulering, 255, 257
 - programlicens, 302 f., 317 f., 319, 336, 350, 425, 426, 433, 436, 438, 488
 - programkildetekst, 313, 314, 322
 - projektstyring, 310
 - prokura, 57
 - prospekt, 83, 119, 482
 - prospektpligt, 119
 - prototype, 288 f., 449 f.
 - prototyping, 288 f.
 - provision, se også gebyr
 - distributørs, 360
 - funktionærs, 231
 - handelsagents, 368 f.
 - mellemmands, 270 ff.
 - pengelån, 129, 131, 133, 137 f.
 - prækvalifikation, 259
 - prøveforløb (produktionsaftaler), se også faseopdeling, 264
 - prøvetid (ansættelsesforhold), 211, 226, 233
 - public domain-programmel, 282
 - publikumsorienteret K/S, 83
 - publikumsorienteret tjenesteforhold, 240 ff.
 - publish or perish, 405
 - put option, 76 f., 172
- R**
- racediskrimination, 217
 - radio- og tv-reklamer, 473 f.
 - rammeaftale (it-systemudvikling), 312 f.
 - rammeangivelse (rådgiver), 2462
 - ratingbureau, 191 f.
 - RCF (revolverende kreditfacilitet), 131 f.
 - refinansieringsregistre (pengeinstitutter), 147
 - regning (egen), 341, 370 f., 375 f., 378
 - regningsarbejde, 264, 286, 337, 325
 - rejsetid (honorering), 264
 - reklamebureauassistand
 - aftalepraksis, 383 f.
 - generelt, 383 f.
 - historie, 384
 - kendetegn, 383 f.
 - rente
 - begreb, 134
 - inflationsrisiko, 134 f.
 - morarente, 141 f., 170
 - nominalistisk princip, 135 f.
 - renteår, 138
 - størrelse, 134 ff.
 - tilskrivningsperiode, 138
 - validering, 138 f.
 - valoristisk princip, 135 f.
 - ændringer, 137
 - renteforbud, 122
 - renteloven, 141 f.
 - rentesats, 136 ff.
 - renteår, 138
 - representations and warranties insurance, 114
 - repræsentant, 367
 - resultatforpligtelse
 - entreprise, 338 f.
 - produktionsudstyr, 284, 286
 - tjenesteydelser, 211
 - rådgivning, 261 f., 338
 - reserverdele, 293, 294, 326, 328 f., 344 f., 375
 - reserveredslager, 325 f., 328, 345
 - retskilder, 19 ff.
 - retsplejeloven
 - § 29, 214
 - § 124, 30, 487
 - § 126, 259
 - § 478, 132, 142
 - § 514, 45
 - § 611, 193
 - reverse engineering, 407
 - revisorer
 - erklæring om bogholderi, 459
 - legal opinion, 188
 - lånebetingelse, 143
 - rådgivning, 256 f.
 - soliditetsoplysning, 191
 - tilbageholdsret, 265
 - revolverende kreditfacilitet (RCF), 131 f.
 - risikoovergang
 - aflevering, 288, 292
 - afsætning, 345
 - risikovurdering (selskabsretlig), 34, 46 f.

- RKI-register (kreditoplysningsdatabase), 191
 royalty, 442 f., 456, 465 f.
 royaltyklausul (ansættelsesforhold), 208
 RWI, 114
 rådgiveraftale
 – afbestilling, 259 f.
 – aftalepraksis, 260 f.
 – ansvarsbegrænsning, 258 f.
 – ansvarsfraskrivelse, 258 f.
 – bemanding, 262 f.
 – betaling, 263 ff.
 – erstatningsansvar, 257 ff.
 – etiske regler, 255, 257, 261
 – forsikring, 258
 – formål, 255
 – grundlag, 265
 – habilitet, 260
 – indgåelse, 262
 – interessekonflikt, 256, 260, 272
 – kendetegn, 255 f.
 – købelovens anvendelse,
 – generelt, 255 ff.
 – overslagsbetaling, 261, 264
 – projektorganisation, 265
 – retsgrundlag, 256 f.
 – samarbejdsrelation, 256
 – tilbageholdsret, 265
 – ydelsen, 261 f., 265
 råstoffer (produktionsaftale), 264
- S**
 sale and lease back, 159, 161, 166, 194
 salary partner, 35
 salgsmesse, 386 ff.
 sameje
 – begreb, 61
 – belåning, 63
 – beslutninger, 62 f.
 – forkøbsret, 63
 – hæftelse, 62
 – immaterialret, 432, 435, 436, 450
 – indtræden, 62 f.
 – internt opgør, 62
 – lånesyndikat, 144 f.
 – opløsning, 63 f.
 – overdragelse af andel, 62 f.
 – pantsætning, 63
 – skiftebehandling, 59, 63 f.
 – tvangsauktion, 63 f
 samkaution, 156 f.
 samordnet praksis, 90, 497
 SAR (stock appreciation right), 78
 SE-nummer, se 39
 sekundær værksudnyttelse, se også kollektiv licensordning, 427 ff., 438, 454
 sekuritiserings, 147
 selskabsbeskatning, 34, 45 f., 49
 selskabsform (valg af), 32 ff.
 selskabsloven
 § 1, 30, 64
 § 5, 65, 68, 72
 § 14, 248
 § 24, 65
 § 25, 65
 § 26, 65
 § 28, 39, 65
 § 29, 65
 §§ 25-27, 64
 §§ 28-29, 64
 §§ 30-38, 64
 § 40, 65
 § 41, 65
 § 65, 73
 § 66, 73
 § 67, 73
 § 80, 69, 267 f.
 § 82, 66, 67, 68, 69 f., 70, 74
 § 106, 66
 § 107, 66 f.
 § 111, 249, 249
 § 117, 57, 249, 250
 § 130, 250
 § 135, 45
 § 136, 38
 § 138, 252
 § 153, 127
 § 155, 77
 § 167, 127
 § 178, 137
 § 180, 70
 §§ 206-209, 98, 127
 § 357a, 64
 selskabsret
 – aftalefrihed, 29, 48 f., 64, 65, 66, 67 f., 83
 – formkrav, 29, 49 f.
 – retskilder, 29 ff.
 – skriftlighed, 49 f., 69, 84
 selskabsretlig medindflydelse (långveris), 143
 selskabsvedtægt
 – ejeraftale (sml.), 65 ff.
 – generelt, 36 f., 64 ff.
 – ændringshåndtering, 66 f.
 selvindtræde, 272, 376
 selvregulering, se brancheregulering
 selvskyldnerkaution, 148, 152, 154
 selvstændig erhvervsdrivende, 47 f.
 selvstændig handelsrejsende, 367
 seniorkreditor, 186
 seniorpartner, 56
 SE-selskabet, 30
 service, se tjenesteydelse
 servicefranchising, 484
 service level agreement, 301, 326
 servicebureau drift, 300, 301, 306
 Sharia-lån, 128 f.
 shrink wrap-aftale, 344
 sikkerhedsforskrifter (ansatte), 234, 235 f.
 simpel kaution, 148
 simpel licens, 439
 side letter, 50
 site licens, 438
 skatteforbehold, 46
 skatteforhold
 – aktieoptioner, 79 f.
 – frynsegoder, 231
 – leasing, 159, 161 f., 165, 166, 172
 – virksomhedstablering, 34
 – virksomhedsoverdragelse, 46

- skattehensyn (selskabsretlige)
 32, 45 f.
 skatteretlig transparens, 33,
 34, 49
 skiftefuldmagt, 253
 skriftlighed
 – låneaftaler, 126 f., 132 f.
 – selskabsaftaler, 29, 50, 84
 skræddersyet information, 395
 skuespillere, 246 ff.
 slutbrugerlicens, se eksemplar-
 licens
 slutseddel (fast ejendom), se
 købsaftale
 social klausul, 502
 Societas europaea, 30
 soft law, 21
 software, se edb-program
 software-to-software (OEM),
 379
 sole license, 439
 soliditetserklæring, 189
 sortsbeskyttelse, 420 f.
 sponsoring
 – aftalepraksis, 477 f.
 – ambassadørfunktion, 479
 – ambush marketing, 474 f.
 – betaling, 477 f.
 – eksponeringen, 478
 – formidling, f.
 – idræt, 476, 477 f.
 – joint sponsorship, 479
 – kendetegn, 473
 – kreditering, 478 f.
 – opfyldelseshindringer, 479
 – parter, 475
 – publikumsorienterede opdrag,
 240 ff.
 – retsgrundlag, 473 f.
 – sponsorformidling, 478
 – varighed, 479
 sportsfolk
 – aftalereationer, 244 f.
 – konkurrenceregulering, 243
 – management, 276 ff.
 – sponsoring, 476, 477 f.
 – sundhedskrav, 244 f.
 sprøjtetøbning, 289, 295 f.
 standstill-aftale, 141
 stille selskab, 53
 stillingsbeskrivelse, 228
 stillingsfuldmagt
 – generelt, 57, 212, 367
 – handelsagents, 367
 – joint venture, 92
 – tjenesteydelsesaftaler, 211 f.
 startup-joint venture, 89
 statsstøtte, 501 f.
 stemmeaftale, 67, 69, 70 f.,
 71 f.
 stiftelsesdokument, 48, 64,
 65 f.
 stiftelsesprovision, 131, 138
 stock option, 78
 stock appreciation right, 78
 strategisk alliance, 495 ff.
 strategisk netværk, 498
 strike-kurs, 77
 styregruppe, 265
 støtteerklæringer
 – comfort letter, 130, 183
 – disclaimer, 186
 – fortolkning, 181 ff.
 – generelt, 181 ff.
 – hensigtserklæringer, 181,
 183
 – koncipering, 185 f.
 – letter of awareness, 183
 – letter of responsibility, 183
 – letter of support, 183 f., 185
 – løftevirkninger, 180 f., 181 f.
 – terminologi, 182 f.
 Study Group on a European
 Civil Code, 24
 subfranchising, 495
 substansoverdragelse, se akti-
 voverdragelse
 succession (aftaleforhold),
 105
 successionsaftale (uddannel-
 sesklausul), 207
 svartider, 317
 sygdom
 – ansats, 233 f.
 – medinteressents, 54
 sygedagpenge, 234
 syndikerede lånetransaktioner,
 144 ff.
 systembeskrivelse, 285
 systemfranchising, 483
 systemtænkning, 304, 316
 særlig tilværelse, 269 f.
- T**
 tantieme, 252
 targetselskab, 95 f., 410
 tavshedspligt, se også personda-
 tabeskyttelse, 265, 400, 402,
 405, 410, 459
 tegningsoption, 77, 79 f., 208 f.
 tegningsret (interessentskab),
 56 ff.
 teknisk vedligeholdelse, se ved-
 ligeholdelse
 tekniske tegninger, 401
 territorium, 355 ff., 359, 374
 TEUF
 – art. 101, 90, 342, 357, 372,
 427, 434, 469
 – art. 107, 504
 – art. 346, 501
 tilbagedisponering til nutids-
 værdi (leasing), 169
 tilbageholdsret
 – bearbejders, 297
 – rådgivers, 265
 tilbagetrædelseserklæring, 180,
 185, 186 f.
 tilbudsbetaling, 264
 tilbudsloven, 337
 tilskrivningsperiode, 130, 138
 tiltrædelsesoverenskomst, 226
 timandsselskab, 53, 58
 time and material, 286
 tinglysningsloven
 § 1, 332, 335
 § 15, 331
 § 40a, 140
 § 40b, 140
 § 47, 167
 § 47c, 193
 tjenesteforhold, 196, 241, 242
 tjenesteydelse
 – begreb, 195 f.
 – personlig, 196
 tolerancer, 296
 totalleverance (it), 310, 314 f.

- totalentreprise, 310, 336, 338
 tranche (af lån), 131
 transaktion
 – begreb, 15
 – systematisk afgrænsning, 15 f.
 transitionsplan (outsourcing), 302
 transparens
 – selskabsretlig, 32
 – skatteretlig, 32 f., 49
 tredjemandspart, 147, 156 f., 194
 tredjemandsrelationer, 334 f.
 – tredjemandspart, 147, 156
 – virksomhedens, 45 ff.
 TRIPS-protokollen, 398, 403, 452
 tv-produktion, 247
 tv-reklamer, 473 f.
 tvangsfuldbyrdelsesklausul, 142
 tvangslicens
 – ophavsretlig, 428 f.
 – patentretlig, 427
 tværgående pensionsordning, 231
- U**
 UBVA, 456
 udbud af finansielle instrumenter, 119
 udbudsforretning (indkøb), 259, 262, 283 f., 333, 335 f., 337, 504
 udbudsgrundlag (entreprise), 335, 338
 udbyttepolitik, 70, 72
 udbudsregler, 283 f., 337, 504
 uddannelsesklausul, 207
 udgivelsesaftale (ophavsretlig), se forlagsaftale, indspilningsaftale
 udlicitering, se outsourcing
 udlån (pengeinstitut), 130, 133 ff., 137, 141
 udstationering, 236 ff.
 udstationeringsloven, 237
 udstillingsmesse, 386 ff.
- udstykningsloven, 331
 udtrædelsesret, 42 f.
 udviklingsaftale, 468 f.
 u-lande, 23, 93 f., 451 f.
 UNCITRAL, 20 f.
 underlicens, 448 f.
 undladelsespligt, 192, 197, 205, 214, 411
 upersonlig tjenesteydelse, 196
 “use” (afgrænsning), 355, 437, 443
- V**
 validering, 138 f.
 valoristisk princip, 135
 valuta, 128, 134 ff., 140, 238 f., 500
 “vandfaldsmodel”, 315 f.
 vanhjemmel (retsmangler), 322 f., 446
 varelagre, se også reservedele
 – distributørs, 360, 366
 – interessentskabs, 52
 – ved virksomhedsoverdragelse, 112 f.
 varemærke
 – distributørs anvendelse af, 361
 – franchising, 481 f., 486
 – generelt, 422 f.
 – licens, 448, 492 f.
 – tinglig retsbeskyttelse, 426 f.
 varemærkeloven
 § 38, 111
 § 40, 486
 vederlag
 – kapitalandele (se også aktieløn), 74 ff.
 – produktionsaftaler, 264 ff.
 vedligeholdelse
 – abonnementssystem, 344
 – afhjælpende, 324, 325, 328 f.
 – aftalepraksis, 325
 – bagatelgrænse, 329
 – begreb, 323 f.
 – betaling, 327 f.
 – betjeningsfejl, 328, 329
 – bortfald af pligt, 326
 – brugerfejl, 328, 329
 – fejlbetjening, 328, 329
 – forbrugsartikler, 328
 – forebyggende, 324, 329 f.
 – formål, 323 f.
 – fritstående, 326
 – generelt, 323 ff.
 – it-aftaler, 313, 315 f., 320
 – køb, 324
 – leasing, 171 f.
 – maskinindustrien, 325
 – opgradering, 320
 – outsourcing, 309 f.
 – reservedele, 325, 326, 328 f.
 – retsgrundlag, 324 f.
 – service level, 301, 326
 – supplerende, 324, 330
 – tidsrammer, 327
 – tilrettelæggelse, 326
 – varighed, 319 f.
 – ydelsen, 325 f.
 vedtægt, se selskabsvedtægt
 veksellån, 132
 venturefinansiering, 123 f.
 vertikal ansættelseslovgivning, 216
 vertikale begrænsninger, 342, 372
 vetoret
 – bestyrelsens, 70
 – interessenters, 42, 55 f., 56, 58
 vidensdeling, 297
 videresalgforbud, 72 f.
 videresalgsvilkår, 358, 362
 virksomhed (begreb), 28 f.
 virksomhedsauktion, 99
 virksomhedsbeskatning, 45 f.
 virksomhedsmægler, 98 f., 382
 virksomhedsobligation, se erhvervsobligation
 virksomhedsoverdragelse, se også aktivoverdragelse, aktivoverdragelse
 – debitorer, 113
 – forudsætningssvigt, 108
 – fusionskontrol, 90, 96 f.
 – generelt, 94 ff.

- immaterialrettigheder, 110 f.
- købelovens anvendelse, 97
- lejemål, 106 f.
- lønmodtagere, 107 ff.
- prisfastsættelse, 37 f., 94 f.
- produktionsmidler, 111 f.
- retsgrundlag, 96 ff.
- selvfinansiering, 97 f., 127 f.
- skatteforhold, 46, 96
- varelagre, 112 f.
- virksomhedsoverdragelses-
loven
- forpagtning, 116
- generelt, 94 ff.
- oplysningspligt, 104
- outsourcing, 302
- succession (§ 2), 107, 302
- virksomhedsskatteordningen,
45 f.
- voldgift
- AB92, 337 f.
- ansættelsesaftale, 36, 214
- distributionsaftale, 345 f.
- ejerftale, 71
- franchising, 489, 495
- hemmeligholdelsesaftale,
411
- interessentskabsaftale, 50
- kautionsløfte, 154 f.
- produktionsudstyr, 293
- værdiansættelse
- information, 393, 394 f.,
442 ff.
- selskab, 37 f., 43 f, 59 f.
- værdipapirhandelsloven
kapitel 2a, 147
- § 2, 146
- §§ 23-24, 119
- § 28a, 82
- § 31, 32
- værgemål, 276
- værktøj, 295 f.
- værnetsaftale
- afsætning, 346
- finansiering, 155
- kautionsløfte, 155

W

- warrant, 77
- warranty, 114
- wet lease, 350

Y

- ydre forhold (mellemand),
268, 269

Æ

- ændringshåndtering
- entreprise, 338
- genforhandling, 287
- produktionsaftaler, 286 f.
- ændringsordre, 287

Å

- åbenhed, se notoritet
- åger, 128 f.
- årsafgift (industrielle rettighe-
der), 417, 422, 432
- årsregnskabsloven
- § 3, 31, 34
- § 4, 31, 34
- § 21, 120
- §§ 25-27, 120
- §§ 28-32, 120
- § 64, 120, 128, 182
- § 138, 34
- § 154, 34

- 10-mandsselskab, 53, 58
- 360 graders-aftaler, 278, 461